

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO

**Tutela jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a
la información y la necesidad de una efectiva regulación en la
legislación costarricense**

Tesis para optar al grado de Licenciatura en Derecho

José Pablo Rubí Espinoza

2010



**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACION**



3 de febrero de 2010
FD-AI-T-138-10

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano, Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del (de la) estudiante **JOSÉ PABLO RUBÍ ESPINOZA**, carné **A24516**, titulado: "TUTELA JURÍDICA DEL SECRETO BANCARIO CONTRAPUESTO AL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA NECESIDAD DE UNA EFECTIVA REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COSTARRICENSE" fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final.

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

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

Tribunal Examinador	
Presidente	Prof. Ovelio Rodríguez
Secretario	Prof. César Hines Céspedes
Informante	Prof. Ronald Hidalgo
Miembro	Prof. Iván Salas Leitón
Miembro	Prof. Federico Torrealba

La fecha y hora para la PRESENTACIÓN PÚBLICA de esta Tesis se fijó para el 24 de febrero de 2010, a las 18:00 P.M en la Sala de Profesores, ubicada en el primer piso (Decanato) de la Facultad.

Atentamente,



Olivier Rémy Gassiot
DIRECTOR

Marta
☐

18 de noviembre de 2009

Universidad de Costa Rica

Sede Rodrigo Facio

Facultad de Derecho

Señor:

Dr. Daniel Gadea Nieto

Director Área de Investigación

Estimado señor:

Por este medio le comunico que en calidad de director doy mi aprobación a la tesis titulada: **"Tutela jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a la información y la necesidad de una efectiva regulación en la legislación costarricense"**, desarrollada por el estudiante José Pablo Rubí Espinoza carnet A24516.

El trabajo efectuado expone de manera amplia y fundamentada los aspectos referentes a la conceptualización y aplicación del secreto bancario, así como un desarrollo adecuado respecto a la libertad de información, haciendo posteriormente un análisis conjunto de ambos temas, que permite determinar las carencias presentes en la normativa que regula el manejo de la información financiera, esto, por medio de un estudio acertado de doctrina, legislación y jurisprudencia.

Debido a estos motivos y a que la tesis cumple con todos los requisitos de fondo y forma, considero que la misma se encuentra lista para su exposición oral ante el tribunal que se designe.

Atentamente,



Lic. Ronald Hidalgo Cuadra

11 de noviembre de 2009

Universidad de Costa Rica

Sede Rodrigo Facio

Facultad de Derecho

Señor:

Dr. Daniel Gadea Nieto

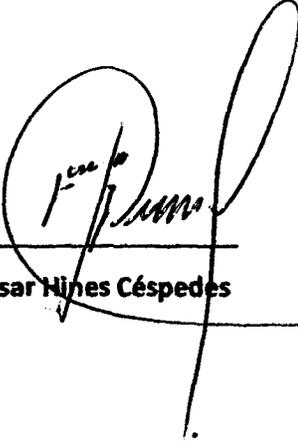
Director Área de Investigación

Estimado señor:

Por este medio le comunico que en calidad de lector doy mi aprobación a la tesis titulada: **"Tutela Jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a la información y la necesidad de una efectiva regulación en la legislación costarricense"**, desarrollada por el estudiante José Pablo Rubí Espinoza carnet A24516.

Lo anterior, debido a que considero que la tesis cumple con todos los requisitos de fondo y forma y se encuentra lista para su exposición oral ante el tribunal que se designe.

Atentamente,



Dr. César Hines Céspedes

28 de octubre de 2009

Universidad de Costa Rica

Sede Rodrigo Facio

Facultad de Derecho

Señor:

Dr. Daniel Gadea Nieto

Director Área de Investigación

Estimado señor:

Por este medio le comunico que en calidad de lector doy mi aprobación a la tesis titulada: **"Tutela jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a la información y la necesidad de una efectiva regulación en la legislación costarricense"**, desarrollada por el estudiante José Pablo Rubí Espinoza carnet A24516.

Lo anterior, debido a que considero que la tesis cumple con todos los requisitos de fondo y forma y se encuentra lista para su exposición oral ante el tribunal que se designe.

Atentamente,



Msc. Iván Salas Leítón

Dedicatoria

A Dios

*Gracias por brindarme sabiduría y
protección en cada momento de mi vida.*

A mis padres

*por su amor y apoyo incondicional,
por ser mi guía y mi soporte,
gracias por llenar de bendiciones mi existencia.*

Agradecimiento

Gracias a Dios existen personas que ayudan desinteresadamente, que con buena voluntad comparten sus conocimientos para hacernos crecer como profesionales.

Mi más sincero agradecimiento para los profesores

Ronald Hidalgo Cuadra

César Hines Céspedes

Iván Salas Leitón

ÍNDICE GENERAL

Introducción.....	1
TÍTULO I: Conceptualización y fundamento jurídico del secreto bancario.....	9
Capítulo I. Elementos configuradores del secreto bancario.....	10
Sección única. Fundamento y concepto del secreto bancario.....	10
A- El secreto bancario como una modalidad del secreto profesional.....	21
B- Sujetos del secreto bancario.....	25
1- Sujetos pasivos.....	26
1.1- Órganos de coordinación y supervisión.....	27
1.2- Entidades financieras bancarias.....	33
1.3- Empresas financieras no bancarias.....	36
1.4- Entidades participantes en el mercado de valores.....	38
1.5- Grupos financieros.....	39
1.6- Funcionarios de las entidades.....	41
2- Sujetos activos.....	45
2.1- Los clientes.....	45
2.2- Entidades financieras.....	46
C- El bien jurídico tutelado.....	47
1- La intimidad.....	48
2- Bienestar del sistema financiero.....	53
D- Actividades e información protegida mediante el secreto bancario.....	54
1- Actos preparatorios: constitución de contratos bancarios y financieros.....	54
2- Operaciones pasivas.....	54
3- Operaciones activas.....	55
4- Operaciones accesorias.....	55
5- Otras informaciones recibidas.....	56
Capítulo II. Tutela normativa del secreto bancario.....	58
Capítulo III. Principios del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea.....	65
Capítulo IV. Responsabilidad derivada de la violación al secreto bancario.....	71
A- Responsabilidad penal.....	72
B- Responsabilidad civil.....	86
1- Responsabilidad civil extracontractual.....	88
1.1- Responsabilidad civil extracontractual subjetiva.....	90
1.2- Responsabilidad civil extracontractual objetiva.....	102
2- Responsabilidad civil contractual.....	104
2.1- El contrato.....	105
2.2- Actos precontractuales.....	109
Capítulo V. Actos ilícitos amparados en el secreto bancario.....	111
A- Legitimación de capitales.....	115
1- Etapas de la legitimación de capitales.....	118
1.1- Colocación o inversión.....	118
1.2- Encubrimiento o distanciamiento de la fuente.....	118
1.3- Integración o creación de legitimidad.....	119
2- Métodos y medios utilizados en la legitimación de capitales.....	120
2.1- Smurfing o estructuración.....	120
2.2- Crédito.....	121
2.3- Cuentas corrientes.....	121
2.4- Depósito a plazo.....	121
2.5- Bolsa de valores.....	122
2.6- Banca offshore.....	123

2.7- Sistema bancario subterráneo.....	124
2.8- Sistema bancario informal.....	124
2.9- Sistema bancario internacional.....	125
2.10- Métodos tecnológicos.....	125
2.11- Fideicomiso de garantía.....	126
B-Evasión fiscal.....	132
TÍTULO II: Origen y fundamentos del derecho a la información.....	142
Capítulo I: Fundamento y estructura del derecho a la información.....	143
Sección I. Elementos políticos, sociales y jurídicos del libre acceso a la información.	143
A- Fundamentos de la comunicación y la información.....	145
Sección II. Vínculo entre derecho e información.....	147
A- Información y política.....	148
B- Información y economía.....	150
C- Información y el interés público.....	153
Capítulo II. Fundamento jurídico del derecho a la información.....	157
Sección I. Sujetos y objeto del derecho a la información.....	160
Sección II. Alcances y atribuciones al buscar y difundir información.....	163
TÍTULO III: El secreto bancario frente al derecho a la información.....	166
Capítulo I: Conflictos surgidos al acceder la información financiera.....	167
Sección I. Alcances de la confrontación.....	167
Sección II. Teorías que buscan dirimir el conflicto.....	170
A- Teoría de los límites.....	170
B- Teoría de la adecuación.....	171
Capítulo II. Excepciones y límites al secreto bancario y al derecho a la información.....	174
Sección I. Límites del secreto bancario.....	174
A- Límites naturales o subjetivos.....	174
B- Límites legales.....	176
Sección II. Control sobre la información financiera.....	178
A- Hábeas Data.....	178
1- Derecho al acceso.....	179
2- Derecho a la actualización.....	180
3- Derecho a la confidencialidad.....	182
4- Derecho a la exclusión.....	183
5- Derecho de inserción.....	183
6- Derecho a saber del conocimiento de terceros sobre la información recolectada..	184
Sección III: Excepciones del secreto bancario.....	187
A- Mandato y representación.....	187
B- Régimen patrimonial familiar.....	191
1- Capitulaciones matrimoniales.....	193
2- Liquidación de bienes gananciales.....	194
C- Acreedores del cliente bancario.....	196
D- El interés público.....	199
1- Entes fiscalizadores del sistema financiero.....	205
1.1- Superintendencia General de Entidades Financieras.....	206
1.2- Contraloría General de la República.....	208
1.3- Comisión para Promover la Competencia.....	211
E- Cooperación internacional.....	218
TÍTULO IV: Análisis sobre los elementos normativos que regulan la administración de información financiera en Costa Rica.....	221

Capítulo I: Estudio de la conformación normativa reguladora del manejo de información financiera.....	222
Sección única. Carencias normativas del secreto bancario en Costa Rica.....	222
A- Ausencia de una conceptualización en nuestra legislación.....	223
1- Regulación estatal.....	226
2- Las políticas crediticias y emisión monetaria a cargo de instituciones centrales del gobierno.....	227
3- Requerimientos legales para desarrollar la intermediación financiera.....	228
4- Obligación en el cumplimiento de criterios de encaje mínimo legal.....	228
5- Asociación con los términos de profesionalidad y habitualidad.....	229
6- Diversificación de servicios e instituciones asociadas a la actividad financiera.....	229
B- Omisión legislativa a partir del artículo 615 del Código de Comercio.....	231
1- Tutela de manera exclusiva a las cuentas corrientes.....	231
2- Necesidad de recurrir al principio de inviolabilidad de los documentos privados.....	232
3- Omisión de sujetos del secreto bancario.....	234
C- Dispersión de la normativa que regula el secreto bancario y el manejo de información.....	234
D- No especificidad en las transacciones protegidas por el secreto bancario.....	240
1- Tutela normativa de actos preparatorios o precontractuales.....	241
2- Tutela normativa de operaciones pasivas.....	241
3- Tutela normativa de operaciones activas.....	241
4- Tutela normativa de operaciones accesorias.....	242
E- Deficiente regulación de la tecnología de la información.....	242
1- Corriente de información surgida de la relación cliente-entidad financiera.....	244
2- Corriente de información interinstitucional.....	247
F- Imprevisión en la regulación del secreto bancario relacionado con los temas de bienes gananciales.....	250
G- Ausencia de criterios claros en cuanto a los tipos de representación y mandato que se perfilan como excepción al secreto bancario.....	251
1- El mandato.....	252
2- La tutela, curatela y albaceazgo.....	254
3- La patria potestad.....	254
4- Otras figuras de representación.....	255
H- Omisión normativa sobre la información que pueden acceder los acreedores en función de sus derechos sobre sus deudores.....	255
I- Carencia normativa respecto a los actos previos a la constitución del contrato bancario.....	258
J- La omisión del deber de confidencialidad expresa en los contratos bancarios.....	259
K- La indeterminación del interés público como una atribución que permite excepciones al secreto bancario.....	262
L- Rigidez del secreto bancario y sus implicaciones en la comisión de delitos fiscales.....	265
M- La jurisprudencia como encargada de dirimir las discrepancias ocurridas por el enfrentamiento del secreto bancario ante el derecho a la información.....	267
N- Vacíos normativos en cuanto a la supervisión consolidada y su integración con el secreto bancario.....	273
O- Necesidad de una mayor vinculación del deber de confidencialidad con el interés íntimo de los clientes como sujetos de derecho.....	276

P- Exclusión de la culpa en el delito de divulgación de secretos.....	279
TÍTULO V: Conclusiones y recomendaciones.....	281
Capítulo I. Conclusiones.....	282
Capítulo II. Recomendaciones.....	286
Bibliografía.....	289
Anexos.....	311
Anexo 1: Comité de Supervisión Bancaria de Basilea Principios básicos para una supervisión bancaria eficaz.....	312
Anexo 2: Acuerdo SUGEF 14-09: Reglamento sobre la gestión de la tecnología de la información.....	317
Anexo 3: Proyecto de ley (Regulación del mercado de tarjetas de crédito y débito en Costa Rica).....	334
Anexo 4: Circular SUGEF-012-2006.....	348

Tabla de abreviaturas

Superintendencia General de Entidades Financieras-----	SUGEF
Superintendencia General de Valores-----	SUGEVAL
Superintendencia de Pensiones-----	SUPEN
Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica-----	LOBCCR
Comisión para Promover la Competencia-----	COPROCOM
Organización de Cooperación y Desarrollo Económico-----	OCDE

Ficha bibliográfica

RUBÍ ESPINOZA, José Pablo. Tutela jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a la información y la necesidad de una efectiva regulación en la legislación costarricense, Tesis para optar por al grado de licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Dirección del Lic. Ronald Hidalgo Cuadra, San José, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, año 2010, 349 páginas.

Índice de descriptores

Derecho Bancario - Intermediación financiera - Información financiera - Secreto bancario - Obligaciones de las entidades financieras - Derecho a la información - Derechos del inversionista - Bienestar económico a través de la publicidad de datos - Enfrentamiento entre privacidad y libre acceso a la información - Delitos financieros - Regulación jurídica en el manejo de información - Deficiencias normativas.

Resumen

El presente estudio se titula "Tutela jurídica del secreto bancario contrapuesto al derecho a la información y la necesidad de una efectiva regulación en la legislación costarricense", fue desarrollado por José Pablo Rubí Espinoza para optar por el grado de licenciado en Derecho, tesis que consiste en una investigación a nivel doctrinario y jurisprudencial con el fin de demostrar que el manejo de información financiera se encuentra regulado de manera deficiente en Costa Rica.

A través del desarrollo se explica que existe una obligación estatal de legislar todos los elementos que conforman la intermediación financiera, por lo tanto, el Estado ha de fiscalizar no sólo la intermediación financiera, sino todos los elementos que integran esta actividad, por lo cual debe garantizar la correcta aplicación del deber de sigilo en las informaciones derivadas de tal actividad.

El secreto bancario también conocido como deber de reserva financiera, deber de sigilo o confidencialidad es una modalidad del secreto profesional que se define, de manera general, como el deber de los funcionarios de guardar el secreto acerca del contenido de la información financiera de los clientes, al cual acceden en razón de sus funciones laborales, deber que a su vez se constituye como un derecho para de los servicios ofrecidos por las entidades financieras. Lo anterior quiere decir que toda información recibida por los bancos o instituciones análogas se encuentra protegida por un deber de reserva, de manera que deben existir preceptos que garanticen el sigilo que deben mantener las instituciones al manejar información financiera o personal de los clientes.

Teniendo en claro que el secreto bancario es un elemento jurídico integrado por múltiples factores, es preciso anotar que su aplicación lleva implícita una relación directa con el derecho a la información, sobre todo en la actualidad, ya que el flujo de información se apoya en el uso de la creciente

tecnología que permite el manejo de una mayor cantidad de datos y una mejor precisión de los mismos, ya que la introducción de bases de datos electrónicas han facilitado no solo su recopilación, sino su búsqueda simplificada y una oportuna administración de la administración. Pese a estas ventajas, el crecimiento tecnológico e informativo ha sido desproporcionado en cuanto a su regulación por parte del Derecho, el cual no ha implementado oportunamente la legislación que se requiere.

Es preciso entonces una regulación efectiva del derecho a la información, sobre todo por la injerencia de la información en el campo político, económico, social y en otras áreas del entorno social; razón por la cual existe un interés público comprendido dentro de tal implementación normativa.

Tal situación se acentúa sobre todo cuando la información financiera contiene datos relacionados con el interés público, de manera que existen situaciones que se configuran como excepciones al secreto bancario, tales como la necesidad de inventariar en los procesos de separación del patrimonio familiar, los intereses de los acreedores del cliente bancario de resguardar el pago de su obligación a través del haber que tiene su deudor en las instituciones financieras y otros supuestos que involucran un interés colectivo.

Este trabajo es producto de una investigación cualitativa, realizada a través de la consulta de doctrina, legislación y jurisprudencia, con el objetivo central de determinar si la regulación normativa existente contiene los elementos necesarios para dirimir los conflictos generados por la confrontación de ambos institutos.

Se concluye entonces, que existe una normativa dispersa y con grandes vacíos que resulta ineficiente para solventar el conflicto surgido entre el secreto bancario y el derecho a la información, debiéndose recurrir al ámbito jurisdiccional para que sean los tribunales quienes determinen en cuales casos específicos se puede acceder a ciertos datos financieros.

INTRODUCCIÓN

A pesar de la frecuente controversia existente entre el secreto bancario, y su confrontación con el derecho a la información, son pocos los estudios que permitan dilucidar un panorama más amplio al respecto y que lleven a tomar una posición acerca de casos específicos en los que tiene primacía uno u otro de estos institutos jurídicos.

El secreto bancario es el instituto garante de la privacidad en la información financiera, al cual deben adscribirse las entidades bancarias con respecto a las transacciones realizadas por los individuos en tales instituciones, y el cual, al ser contrapuesto al derecho a la información, origina muchas veces un conflicto de intereses. Además el deber de reserva financiera resulta ser un elemento integral del sector financiero en general, y se perfila como una modalidad del secreto profesional.

En realidad, el secreto bancario garantiza la confidencialidad; no obstante es de vital importancia establecer límites a tal instituto, con el fin de evitar la legitimación de capitales, malversación de fondos y, en general, todo tipo de irregularidades que tengan que ver con el manejo de capitales y que puedan lesionar el derecho de terceros.

Dada la trascendencia y crecimiento de la economía y la intermediación financiera tanto a nivel nacional como internacional, el deber de confidencialidad respecto de las informaciones derivadas de la actividad financiera se reviste de especial importancia, sobre todo por el auge informativo actual, que involucra la presencia de diversos medios de uso y comunicación de datos, los cuales confluyen en un conglomerado de bancos de datos tramitados a partir de medios físicos y tecnológicos, lo que hace complejo el manejo de la información. A partir de esta realidad, es necesario determinar si el sector jurídico ha logrado implementar mecanismos eficientes que logren tutelar el interés de los clientes de preservar su privacidad, pero que, a su vez, alcance

una armonía con aquellos casos en los cuales prime el interés público y se requiera tener acceso a tal información.

Este creciente manejo de datos hace que la información se perfile como una necesidad de todo individuo, que le ayuda a formar criterios; por ende, se ha formado todo un proceso informativo que vincula las actuaciones y conocimientos de los individuos entre sí. Tal aserción tiene sustento constitucional en Costa Rica, el cual garantiza como un derecho el acceso a la información; sin embargo, debe tomarse en cuenta que en este campo de acción existe una esfera privada por analizar.

Es aquí donde surge controversia, pues el derecho a la información es también garantía para los individuos, por lo que es necesario delimitar su margen de acción ante la presencia del deber de reserva financiera.

Lo polémico de enfrentar estas vertientes radica, por un lado, en que el secreto bancario es de gran relevancia en cuanto a los procedimientos instaurados dentro de la actividad financiera y se sustenta en el derecho a la intimidad, el cual está consagrado en nuestra Constitución Política. Por otro lado, tenemos el derecho a la información, que busca garantizar el libre acceso a los documentos de interés público, y el principio de publicidad, el cual paralelo al anterior, conlleva la obligación de las entidades estatales de hacer de conocimiento general las actuaciones que tienen injerencia en los intereses difusos. Ambos son principios constitucionales; por tanto, al referirnos a estos temas podemos anotar que son institutos de aplicación frecuente, lo cual genera en ciertos casos opiniones contradictorias. Por ende, será de nuestro oficio clarificar el panorama al respecto, a través del análisis normativo y jurisprudencial.

Aunque existen tesis contradictorias al respecto, el secreto bancario no es solo un mecanismo necesario para el desarrollo de la actividad económica, sino que es una cualidad inherente a la actividad bancaria, pues cada individuo,

al realizar sus operaciones financieras, no solo confía parte de su patrimonio, sino que también pone en manos ajenas sus proyectos y secretos que tengan que ver con futuras inversiones, ahorros y demás movimientos de corte económico, por lo cual, resulta necesaria la regulación del sigilo en la actividad financiera, pero además resulta trascendental establecer límites a esta confidencialidad, con lo cual se eviten lesiones al interés colectivo y, a la vez, se logre preservar el derecho a la información.

Se ha señalado que *"...la actividad bancaria se traducirá, fundamentalmente, por un lado, en la recogida o captación del ahorro; y, por el otro, en el ejercicio o colación del crédito. Esta función, como tal es de un interés evidentemente público.¹"* A partir de aquí se podría afirmar que es derecho de todos acceder a la información que se genera a partir de la intermediación financiera; sin embargo, es preciso considerar que una de las características principales del sistema financiero consiste en "crear confianza²", y la confidencialidad de la información es uno de los elementos configuradores del clima de confianza que debe existir entre las entidades financieras y los clientes. Por ello será necesario realizar un estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial que permita establecer un balance entre ambas necesidades. De tal forma, es importante que el flujo de información financiera sea de buena calidad para proteger al inversionista y, a su vez, ofrecer las restricciones oportunas para evitar que este tipo de datos sean tratados con un carácter irrestricto.

Este trabajo consta de una investigación cualitativa, a través de la cual se confrontan dos garantías que tienen cimientos constitucionales. Se desprende que al realizar un estudio debe recurrirse al método investigativo, el cual permita recabar la información necesaria que facilite llevar a cabo el análisis correspondiente; por consiguiente, será necesaria la recopilación de doctrina, jurisprudencia y normativa.

¹ VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). *"El secreto bancario"*. Primera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p 16.

² ESCOTO LEIVA, Roxana (2007). *"Banca Comercial"*. Segunda reimpresión. San José, Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia, p. 216.

A través del desarrollo del tema, quedará en evidencia que la ley existente para llevar a cabo el tratamiento de esta problemática está comprendida por diversas normas inmersas en múltiples cuerpos normativos, lo cual hace que el operador del Derecho tenga una tarea compleja al momento de integrar el ordenamiento. Dicha labor queda plasmada, a su vez, en la jurisprudencia que existe al respecto, ya que ha sido en gran medida trabajo jurisdiccional el establecer las conductas por seguir en caso de un conflicto de esta naturaleza, haciendo énfasis en el hecho de que, además de ser una normativa dispersa, se encuentran vacíos legales dentro de esta legislación. Como propuesta, se plantea la importancia de implementar una normativa más concreta, que analice casos específicos en los cuales la aplicación del secreto bancario frente al suministro de información sea regulada para facilitar la aplicación práctica jurídica; asimismo, que haya una flexibilización en ciertos supuestos respecto al secreto bancario, así como la reestructuración de alguna normativa con el objetivo de solventar los vacíos que enfrentamos debido a la conformación de las normas actuales.

En vista de todo lo anterior, es necesario estudiar ambas perspectivas, de manera que al confrontarlas se obtenga un resultado que permita un entendimiento sobre el conjunto normativo que regula este tipo de problema, y así quede expuesta la necesidad de implementar de una normativa integral que evite la confusión. Es preciso, inclusive en ciertos momentos, recurrir a la taxatividad en cuanto a casos específicos que signifiquen un conflicto de intereses al aplicar el secreto bancario con el fin de obtener información.

A partir de la perspectiva planteada se adopta en este estudio como objetivo central realizar un estudio de doctrina, legislación y jurisprudencia respecto al secreto bancario y el derecho a la información, que permita determinar si la regulación normativa existente contiene los elementos necesarios para dirimir los conflictos generados por la confrontación de ambos

institutos. Asimismo este trabajo desarrolla a través de su contenido los siguientes objetivos específicos:

- Estudiar el secreto bancario, su concepto, fundamento económico y social, justificación profesional y normativa dentro de la legislación costarricense.
- Analizar el fundamento y estructura del derecho a la información, así como su sustento normativo.
- Analizar el conflicto surgido por la confrontación del secreto bancario y el *derecho a la información para determinar sus alcances y posibles soluciones.*
- Determinar las deficiencias de la legislación costarricense, ocupada de regular el manejo de la información financiera.

Tales objetivos se han desarrollado con el fin de demostrar a través del estudio *normativo y jurisprudencial* la siguiente hipótesis:

La hipótesis de este trabajo se centra en demostrar que la normativa se encuentra *desarticulada y dispersa* y, por ende, existe la necesidad de la creación de un bloque normativo unificado y bien definido, que logre solventar las necesidades actuales, integrando de manera efectiva los preceptos que regulan este concepto.

Ésta es una premisa que debe corroborarse mediante el desarrollo del tema, razón por la cual, se plantean una serie de análisis que logran comprobar al final de la investigación de manera sólida la hipótesis ofrecida.

En primera instancia se realizará un diseño explicativo, tanto del secreto bancario como del derecho a la información, para posteriormente lograr una

conexión entre ambos y determinar los aspectos endebles en su regulación normativa, permitiendo a su vez una evidencia efectiva que permita sostener con bases sólidas la hipótesis formulada.

La estructura de este estudio se constituye de cinco títulos, el primero de ellos dividido en cinco capítulos, a través de los cuales se desarrolla el concepto y fundamento del secreto bancario, analizando todos los elementos constitutivos de este concepto por medio de la delimitación de su significado, sujetos que lo constituyen y determinando los bienes jurídicos tutelados a través de dicho Instituto; además, se analizará la tutela normativa nacional e internacional encargada de garantizar la confidencialidad de la información financiera, asimismo, en este primer título se estudia la eventual responsabilidad derivada de la transgresión del deber de sigilo, realizando un enfoque en la responsabilidad penal y civil que podría derivarse de tal incumplimiento. Posteriormente, en este título se examinan los actos ilícitos amparados en el secreto bancario, dando énfasis en delitos de gran trascendencia internacional, como la legitimación de capitales y la evasión fiscal, por medio de la determinación de los vínculos entre el secreto bancario y su utilización en los procesos de comisión de tales delitos.

En el título segundo del trabajo se secciona en dos capítulos que determinan el origen, fundamento y tutela jurídica del derecho a la información derecho a la información, explicándose aquí su concepto, sujetos involucrados y bienes jurídicos tutelados. Además, se estudia la vinculación de este derecho con otras áreas de la interacción social tales como la política, la economía y el interés público. Asimismo, se delimitan los alcances del derecho a la información y las atribuciones que tienen aquellos que detentan este derecho.

El título tercero de la tesis es desarrollado a través de dos capítulos que *amalgaman los dos grandes temas involucrados con el fin de determinar los conflictos surgidos de la confrontación entre el secreto bancario y el derecho a la información. Tal relación explica a su vez las teorías que buscan solucionar el conflicto originado y se explica de manera posterior los límites del secreto*

bancario y el control que existe a fin de garantizar la integridad de la información que manejan las entidades financieras. Además, se estudian las excepciones del secreto bancario, esto con el fin de delimitar el alcance de la garantía de confidencialidad que protege la información financiera, exponiendo aquellos supuestos en los cuales el secreto bancario podría levantarse a fin de garantizar otros derechos involucrados, que pueden ser tanto derechos personales o bien temas que atañen al interés público.

En el último título del trabajo confluyen todos los elementos analizados hasta este punto, para determinar aquellos aspectos en los cuales la legislación que regula el manejo de la información financiera evidencia carencias o aspectos a mejorar. Aquí se visualizan todos los componentes que integran la confrontación entre el secreto bancario y el derecho a la información, de manera que se logran apreciar los sectores débiles en la legislación que se ocupa de este conflicto de institutos. Este título recopila la información aportada y se realiza un recorrido por las normativa nacional analizando su aplicación y los vacíos que adolece, así como la relación existente entre el manejo de bancos de datos financieros y otros mecanismos jurídicos insertos no sólo dentro del Derecho bancario sino que en otras áreas del Derecho, estudiando aspectos referentes a la supervisión consolidada de entidades financieras, la normativa mercantil, penal y civil ligada al secreto bancario, así como su desarrollo dentro de la jurisprudencia nacional.

Finalmente el título quinto consta de las conclusiones y recomendaciones del trabajo, a partir de dos capítulos respectivamente. Las conclusiones representan las proposiciones obtenidas del análisis de lo estudiado a lo largo de la investigación, comprendiendo las principales discusiones planteadas y obteniendo a partir de ahí premisas finales. Por su parte, las recomendaciones son propuestas derivadas de las conclusiones, las cuales son diseñadas con el fin de mejorar los aspectos que logran comprobar la hipótesis de la tesis, en otros términos, son proposiciones creadas con el objetivo de establecer un

punto de partida dirigido a corregir la deficiente legislación que regula actualmente el *manejo de información financiera en Costa Rica*.

TÍTULO I
CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTO JURÍDICO DEL SECRETO
BANCARIO

Capítulo I

Elementos configuradores del secreto bancario

Sección única

Fundamento y concepto del secreto bancario

Como premisa inicial es necesario tener claro que el secreto bancario no es un instituto arbitrariamente creado, pues contrario a esta premisa, se puede afirmar que es un mecanismo que ostenta un carácter legal. Esto implica una necesidad y deber inminente al estado de regular la actividad financiera, a fin de crear dispositivos dirigidos a evitar el uso erróneo de los recursos previstos³ para hacer más eficiente el sistema financiero, y a su vez, que logren garantizar un ambiente confiable y sólido para el uso de dichos recursos.

La doctrina recurrentemente afirma que la actividad financiera y bancaria se inició desde tiempos antiguos, pero lejos de centrarnos en el contexto histórico, lo pertinente es establecer que es este un fenómeno social, el cual ha ido evolucionando. Además, es una ocupación importante para el Derecho, con el fin de evitar que prevalezca la anarquía en su sistema.

Es a través del tiempo que esta percepción se ha ido desarrollando, hasta formar el concepto de intermediación financiera.

Específicamente, nuestra legislación, en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, señala:

"Artículo 116.- Intermediación financiera

Únicamente pueden realizar intermediación financiera en el país las entidades públicas o privadas, expresamente autorizadas por ley para ello, previo cumplimiento de los requisitos que la respectiva ley establezca y previa autorización de la Superintendencia. La autorización de la Superintendencia deberá ser otorgada cuando se cumpla con los requisitos legales.

³ Que son, entre otros, aquellos medios de almacenamiento y tramitación de información financiera, ya sean medios físicos o bien a través de la implementación de tecnologías para el manejo de datos.

Para efectos de esta ley, se entiende por intermediación financiera la captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de crédito o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utilice y del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones.

No se considera intermediación financiera la captación de recursos para capital de trabajo o para el financiamiento de proyectos de inversión de carácter no financiero de la propia empresa emisora o sus subsidiarias, siempre que las emisiones se encuentren registradas ante la Comisión Nacional de Valores. En estos casos, los pasivos totales de las empresas emisoras no pueden exceder de cuatro veces su capital y reservas, conforme a las reglas que emita la Comisión Nacional de Valores. Asimismo, las empresas emisoras estarán sujetas a las demás regulaciones que emita esa Comisión.

Los fideicomisos y fondos de administración que las entidades financieras utilicen para la realización de actividades de intermediación financiera estarán sujetos a las razones de suficiencia patrimonial, provisiones, límites de crédito y demás normas que dicte la Superintendencia, conforme a las potestades que le confiere esta ley. Se exceptúan los fondos regulados en la Ley reguladora del mercado de valores y la Ley de régimen privado de pensiones complementarias, los cuales se regirán por las normas especiales contenidas en esas leyes.⁴

Se destaca que este estudio se centra en las instituciones que realizan intermediación financiera, esto sin perjuicio de adecuar nuestro examen a casos análogos, con el objeto de encontrar una comprensión más adecuada sobre los extremos analizados.

Entendiendo el concepto de intermediación financiera, resulta viable acotar que es deber estatal el control de toda actividad financiera que involucre

⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica". Compilado por Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.116.

la captación de recursos por parte de alguna entidad, que califique dentro de este rango.

Está claro que existe el deber estatal de fiscalizar el manejo de la intermediación financiera, y es a través de ésta que surge la necesidad de la creación del secreto bancario. Al ser, sin duda una institución jurídica, al igual que otras surge a raíz de interacción necesidad social, y es por esto que los integrantes de la sociedad requieren que el Estado intervenga en la protección de sus actividades. Esto sugiere una esfera de intimidad para los individuos en cuanto al uso de su patrimonio.

Se recalca, entonces, la necesidad de que el Estado regule la intermediación financiera, pues ésta es una actividad de suma importancia para la economía, ya que involucra el movimiento de capitales captados, con el fin de llevar a cabo diversas inversiones, ya sea por colocación de créditos o bien a través de compra de activos, movimientos en la bolsa de valores y otros, que son realizados siempre por un intermediario. Esta captación de recursos tiene una resonancia importante dentro del ámbito económico y social, al constituir el haber financiero de diversas empresas comerciales y de los particulares. Por ende, el Estado ha instituido preceptos que sancionan un inadecuado manejo de esta actividad, e inclusive ha determinado sanciones en aquellos supuestos en los que ésta se realiza sin la autorización requerida⁵.

Esta trascendencia se debe a que la anarquía dentro de la intermediación financiera puede resultar en el declive del sistema financiero nacional, pues las instituciones que se dedican a realizar tal actividad son las encargadas de captar capital, y lograr la colocación de créditos e inversiones, permitiendo en muchos casos el surgimiento de nuevas empresas, la expansión de empresas preexistentes o la preservación de estas últimas.

⁵ Ver artículo 157 de la LOBCCR.

Se le llama intermediación, precisamente porque involucra la presencia de un intermediario, que es quien capta el capital y tiene las herramientas y recursos para ello, y se encarga de trasladarlo a otras manos para su posterior inversión o gasto. Por ende, dicha actividad tiene un campo de acción amplio, que no solo involucra el accionar bancario, sino que tiene una afectación sobre la economía en general.

Entonces, al decir que la intermediación financiera tiene un papel preponderante dentro de nuestra economía, debemos tener claro que al hacer tal afirmación, consecuentemente es un tema que compete al Estado regular.

Inclusive nuestra Constitución Política establece una serie de principios dirigidos a preservar el orden económico, en tanto busca el adecuado reparto de la riqueza, desea regular los monopolios, establece criterios de ordenación al trabajo, y establece bases sólidas que garanticen el efectivo desempeño del mercado, un ambiente sano, la salud. También es notorio que nuestra Constitución Política declara la intervención estatal en busca de una política permanente de solidaridad nacional⁶.

Entonces, se puede determinar que el entorno económico evidentemente tiene *injerencia sobre todas estas garantías, ya que el desarrollo en este sentido permite también un eficiente crecimiento de las áreas de la salud, la educación, el aspecto laboral y otras que están conformadas como garantías constitucionales. Al tener la intermediación financiera un papel preponderante dentro de todo el accionar económico del país, no solo a lo interno sino también dentro de sus relaciones extraterritoriales, puede afirmarse, entonces, que el sector económico debe ser objeto de regulación estatal.*

Al tratar el tema de la intermediación financiera, es preciso señalar que en la actualidad este toma mayores proporciones, en la medida en que el número de clientes se ha incrementado. Además la cantidad de transacciones

⁶ Ver artículos 50, 46, 58, 59 y 74 de la Constitución Política.

ha ido en aumento, sobretodo en un mercado que busca adecuarse a las necesidades de sus clientes, y que interpreta la realidad para materializarla mediante un crecimiento tecnológico de grandes magnitudes. Así se obtiene como resultado un desempeño muy diferente al de años atrás, donde la actividad intermediaria consistía únicamente en la captación de recursos y la colocación de créditos.

Por todo esto, es necesaria la correcta implementación de un sistema de control de la intermediación financiera, que logre fiscalizar su buen desenvolvimiento, y que a su vez logre proteger los intereses de los individuos en general, del Estado y del mercado financiero.

Asimismo, debe contemplar la implementación de mecanismos jurídicos que se adecuen a las nuevas tecnologías, y al mercado en general; por ende, cualquier carencia normativa podría tener como resultado altos costos a nivel del mercado financiero, y también gastos superfluos en litigios que significan un desgaste de recursos para los involucrados y para el Estado mismo.

Para concretar este preámbulo, se reitera que el secreto bancario es parte importante de la actividad de la intermediación financiera; por lo tanto, así como el Estado debe velar por la correcta regulación de ésta última, debe también, en consecuencia, realizar todos los actos necesarios dirigidos a constituir una normativa clara, eficiente y compacta que regule el secreto bancario, pues éste afecta de manera directa la intermediación financiera.

Entonces, se establece que el secreto bancario tiene fundamento directo en la intermediación financiera, y allí radica la importancia de que el ordenamiento jurídico regule este instituto.

Teniendo en claro el vínculo existente entre la intermediación financiera y el secreto bancario, retomamos el citado artículo 116 de la Ley Orgánica del

Banco Central de Costa Rica⁷, el cual servirá como marco general para establecer parámetros claros sobre cuáles entidades se encuentran sujetas a la aplicación del secreto bancario como parte de su accionar. Esto quiere decir que las entidades dedicadas a la actividad de la intermediación financiera deben aplicar el deber de reserva financiera. En razón de este precepto, entendemos que las entidades facultadas para realizar esta actividad pueden ser públicas o privadas; deben también ser autorizadas de manera expresa por la ley y contar con la autorización de la Superintendencia General de Entidades Financieras.

Además, señala la norma supra citada, los siguientes elementos configuradores de intermediación financiera.

1- Existe captación de recursos del público:

En tal sentido, podemos especificar que son entes capaces de llevar a cabo de manera efectiva el ahorro de estos recursos, otorgando al público factores atractivos a fin de impulsar a los individuos a depositar sus activos financieros en las arcas de tal entidad. Entendido así, se explica que este tipo de instituciones tienen la capacidad de ahorrar los recursos del público, acción realizada por este último con el fin de obtener un beneficio monetario, ya sea a través de intereses recibidos e inclusive en la búsqueda de asegurar su capital; este factor final nos indica que son organizaciones con solidez suficiente para enfrentar posibles riesgos respecto de estos capitales, además de ofrecer sistemas de seguridad de gran cobertura.

2- Debe ser una actividad habitual:

Este es un elemento importante, ya que nos indica, que una acción aislada que corresponda a la captación de recursos financieros no implica por sí misma la intermediación financiera como tal, es decir, que debe ser una actividad continua. Respecto a este punto específico, la Procuraduría General de la República señala:

⁷ Ver supra pp.10-11.

"El término "habitual" recuerda que las operaciones bancarias y los contratos que las expresan jurídicamente son actos masivos, lo que deriva de la repetición permanente de las operaciones, de la profesionalidad del sujeto bancario, lo que explica, además, su estandarización.⁸"

De este texto se extrae que la actividad, entonces, se debe caracterizar por ser habitual, además de contar con el elemento de la profesionalidad, lo cual significa que la entidad tiene especialidad dentro del manejo de transacciones de este tipo.

3- Realizada por cuenta y riesgo del intermediario:

Se desprende de aquí que la organización dedicada a la intermediación financiera, asume por su cuenta cualquier riesgo que involucre dicha actividad. Esto quiere decir que asume el peligro de perder recursos empleados en la transición de los capitales, lo que involucra riesgos propios del mercado e inclusive la insolvencia.

4- Corresponde a todo tipo de crédito o inversión en valores:

La Procuraduría General de la República explica:

"Esas entidades se caracterizan, por demás, por su capacidad universal. Ello en el tanto en que pueden prestar todo tipo de servicios financieros que sean conformes con la condición de banca y no resulten prohibidos por el legislador. En ese sentido pueden realizar toda clase de operaciones, actividades, contratos y prestar servicios que sean propios del negocio de banca y que no estén prohibidos. Está cubierta por esa capacidad universal la actividad bancaria esencial, sea la captación de depósitos, el otorgamiento de créditos en sus diversas formas y servicios conexos como servicios de pago, transferencias.⁹"

⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1994). "Dictamen 26 del 30-01-2008". San José, Costa Rica.

⁹ *Ibid.*

Entonces, no importa el tipo de figura contractual efectuada para tales fines, ni el medio para realizar el documento que constituya el contrato; en realidad, las entidades dedicadas a esta actividad tienen un amplio margen de desenvolvimiento. Por ende, un banco o institución análoga no tiene como deber limitarse a la captación de recursos, sino que puede realizar todo tipo de operaciones financieras, siempre que no violenten el ordenamiento jurídico.

Para concretar, se entiende entonces que el deber de confidencialidad es aplicado por las distintas entidades que cumplen con la conjunción de las características previamente descritas.

Para proseguir, es determinante tener en claro que el derecho es producto de las interacciones sociales, las que a su vez crean una necesidad que debe ser regulada para mayor seguridad dentro del marco del derecho positivo, así se entiende que *"el derecho es un producto social al igual que cualquier manifestación cultural de manera que para buscar el fundamento de cualquier institución jurídica, conviene tener presente el interés que hace nacer y mantiene en vigencia esa institución"¹⁰*. Asimismo, cuando la norma creada tiende a perder utilidad, la sociedad misma se encargará de excluirla y vendrá a ser obsoleta. Todo este comportamiento explicado es el creador del Derecho y pese a que el origen del secreto bancario indica que *"El afán principal de los particulares es la obtención de ventajas personales"¹¹*, situación que se asocia directamente con la defraudación fiscal y otras actividades ilícitas, también es preciso recalcar que en el presente, este instituto se ha revestido de un interés general que busca el crecimiento financiero, por lo que se ajusta como una exigencia social, que tiene su fundamento en la intermediación financiera. Esto quiere decir que modernamente, el secreto bancario tiene su fundamento en una necesidad dentro de la actividad financiera.

¹⁰ CASCANTE SOTO, J et al (1988). *"El secreto bancario en el ordenamiento jurídico costarricense"*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p 258.

¹¹ VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). *"El secreto bancario"*. Primera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p 84.

Es necesario llamar la atención en el sentido de que el secreto bancario no debe ser analizado de manera categórica como el deber de guardar secreto por parte de los bancos, pues es un mecanismo jurídico de mayores aportes, que tiene una connotación relevante dentro de mercado financiero.

Es necesario considerar que el secreto bancario es también conocido como el deber de reserva financiera o bien el deber de sigilo; por ende, lo realmente importante no es su concepto textual, sino conocer su significado, su área de injerencia y su importancia, a fin de comprender la necesidad latente de una normativa que logre solventar su efectiva aplicación.

Asimismo, el secreto bancario se perfila como una institución de gran trascendencia dentro del accionar financiero, y si bien es cierto su aparición se relaciona con el haber patrimonial de cada individuo, debe tenerse en cuenta que también existe un interés colectivo, con respecto al movimiento de capitales. Es aquí donde, al incursionar en el tema, vemos que el funcionamiento de las entidades financieras es supervisado con respecto a los trámites que realizan, así como de su accionar. En nuestro país y en el plano mundial, todo este mercado ha ido en aumento; por ende, no es la excepción al plantear instancias superiores de fiscalización, de manera que la legislación incorpora en su texto entidades que fiscalizan a aquellas otras dedicadas a la Intermediación financiera, todo con el fin de supervisar efectivamente esta actividad. Inclusive, muchas veces se les otorga un especial sentido en la política criminal dirigida a erradicar los delitos de orden mundial a través de esta supervisión. Por ejemplo, en Costa Rica, la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas incorpora en su texto entidades que fiscalizan a aquellas otras dedicadas a la intermediación financiera, todo con el fin de controlar este tipo de delitos, incorporando elementos no solo en función del medio financiero como tal, sino añadiendo un elemento de Derecho Penal a su desempeño. Vemos, entonces, que tal ley señala: "*Se consideran entidades sujetas a las*

obligaciones de esta Ley, las que regulan, supervisan y fiscalizan los siguientes órganos, según corresponde:

- a) La Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF)*
- b) La Superintendencia General de Valores (SUGEVAL)*
- c) La Superintendencia de Pensiones (SUPEN)¹²*

Estas instituciones son entes reguladores de la actividad financiera, es decir, toda acción relacionada con el tránsito de cheques, títulos valores, giros bancarios, transferencias y fideicomisos y otras, realizadas tanto por personas físicas como jurídicas, a través de la intermediación financiera, será supervisada por estos entes. En igual orden de ideas, la ley arriba señalada establece que toda persona física o jurídica dedicada a este tipo de transacciones deberá ser inscrita ante la Superintendencia General de Entidades Financieras, y ante el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (CONASSIF), que es un órgano colegiado encargado de dar dirección a estas tres superintendencias a fin de integrarlas y fortalecerlas. Aquí lo que particularmente capta nuestra atención es que la información bancaria, involucra diferentes sujetos, pues no solo el banco o institución análoga y el sujeto que realiza la transacción participan, sino que también se involucra todo un sistema de supervisión que trata de garantizar el desempeño adecuado de las instituciones, sobre todo dirigido a luchar contra la legitimación de capitales y actividades conexas, tema que será parte de nuestro análisis. Debido a este crecimiento, resulta necesario el manejo de cantidades significativas de información, tanto personal como crediticia.

Pero lo más llamativo para nuestros efectos consiste en que la intermediación financiera responde a una conjunción de factores económicos y sociales, dentro de los cuales resalta el secreto bancario, como mecanismo de protección de la privacidad de los individuos que recurren a un ente dedicado a tal actividad. Al tener que la intermediación financiera en general un marco jurídico de supervisión, así mismo, el secreto bancario, debe gozar de una

¹² REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas". Tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 14.

efectiva tutela jurídica que logre el mejor desempeño para el ambiente financiero y que logre asegurar un ambiente de confianza para aquellos que utilicen los servicios de las entidades financieras.

Es importante mencionar que existe toda una tarea que busca la prosecución de un ambiente sano para el sistema financiero nacional; sin embargo, desde el punto de vista de los clientes, significa que su información personal estaría siendo manejada por un número importante de personas que forman parte de la red bancaria. Es aquí que recalamos la creciente necesidad del secreto bancario, sobre todo en la actualidad, donde el número de actividades de este tipo va en aumento, y como consecuencia lógica, la corriente de datos ocurrida en razón de estas transacciones sigue el mismo comportamiento de ascenso.

Debe tenerse en cuenta que estas instituciones superiores también están sujetas al secreto bancario, pues no están exentas de mantener ciertas reglas para el manejo de la información, pues nuestra normativa otorga garantías de cumplimiento para generar un ambiente sólido y de confianza a los individuos que recurren a las entidades que fungen como intermediarias en el campo financiero, logrando a su vez que el mercado resulte más atractivo para inversionistas y comerciantes. Entonces, la regulación del secreto bancario, debe incluir preceptos que contemplen que la intermediación financiera involucra no solo funcionarios, sino también entidades superiores encargadas de girar lineamientos dentro del desempeño de las organizaciones financieras. Por lo tanto, lo más importante es garantizar la buena aplicación del secreto bancario, de manera que se responda a las necesidades de los clientes, pero a su vez, que se resguarde el interés colectivo, para conseguir un sistema financiero libre de un manejo irregular de los capitales.

Concretamente, se ha visto hasta el momento que el secreto bancario es un mecanismo complejo; sin embargo, para tener una idea general, lo analizaremos entendiéndolo como:

"...la obligación impuesta a los bancos, sean públicos o privados, de no revelar a terceros los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan. Es un deber de silencio respecto de hechos vinculados a las personas con quienes las instituciones bancarias mantienen relaciones comerciales, así como una obligación profesional de no revelar informaciones y datos que lleguen a su conocimiento en virtud de la actividad a que están dedicados.¹³"

Ciertamente, esta concepción no otorga todos los elementos necesarios para entender su importancia, y más aún los conflictos que pueden derivar de una errada aplicación dentro del sistema financiero; por tanto, es apropiado considerar este concepto como un punto general de referencia para entender mejor el desarrollo de este trabajo.

A- El secreto bancario como una modalidad del secreto profesional

Al hacer referencia al secreto bancario, debe tenerse en claro que este resulta una derivación propia del secreto profesional, pues *"Se trata de personas que por cumplir funciones o desarrollar actividades que son necesarias en la vida social y que exigen confianza en quien se sirve de ellas, se encuentran en condiciones de recibir y guardar los secretos de terceros¹⁴"*. Dentro de los profesionales que tienen el deber del secreto profesional podemos citar médicos, abogados, notarios y ministros religiosos, entre otros.

Al respecto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señala que *"el secreto bancario es una modalidad del secreto profesional, cuyo deber recae sobre las entidades financieras, quienes deben guardar reserva sobre las operaciones realizadas por sus clientes¹⁵"*. Resulta clara la cita anterior, al ubicar al secreto bancario como una modalidad del secreto profesional, el cual busca resguardar la privacidad de las personas, sobre todo porque los datos proporcionados son recopilados en función de una necesidad imperante en el cliente que debe ser atendida por un profesional en un área determinada.

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:04 14-12-2004). "Voto N°14201-04". San José, Costa Rica.

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (12:53 13-02-2004). "Voto N°01583-04". San José, Costa Rica.

¹⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (10:10 17-12-2004). "Voto N°01422-04". San José, Costa Rica.

El secreto profesional se considera como un medio importante generador de confianza entre el usuario de un servicio y el profesional dedicado a su atención, el cual otorga un sentido confidencial a la consulta realizada a personas que se desempeñan en ciertas labores, donde el manejo del flujo informativo generado a raíz del trabajo desempeñado pudiera lesionar la privacidad de aquellos que requieren de sus servicios.

Este es un derecho del usuario y un deber del profesional en la rama específica. Así señala el Código Procesal Penal en el párrafo primero del artículo 206:

"Deber de abstención: Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hayan llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, los ministros religiosos, abogados y notarios, médicos, psicólogos, farmacéuticos, enfermeros y demás auxiliares de las ciencias médicas..."¹⁶

El secreto profesional tiene entonces gran trascendencia, pues como vemos se reconoce como tal, inclusive en procesos penales, los cuales tienen un interés público involucrado.

Importante es aclarar que este deber de abstención ocurre únicamente en función del ejercicio profesional, lo cual quiere decir que un profesional, no puede acogerse al secreto profesional, si la información que recibe o conoce no llega a su conocimiento por motivo de su labor. Así bien, podríamos decir que un médico que se entera de cierta información de uno de sus pacientes, pero fuera de su consulta médica, no estará sujeto a guardar secreto, pues eso ocurriría únicamente si los hechos o información llegara a su persona durante la atención médica que le ofrece a su cliente, siendo este un criterio aplicable otras áreas laborales. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia señaló al respecto que *"por violación del "secreto profesional" se entiende la revelación del secreto particular conocido en razón del ejercicio de la función*

¹⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código procesal penal"*. Décima edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art.206.

profesional¹⁷”, donde, recalcamos, que esto puede ocurrir en razón del ejercicio de su función, y no en otro caso.

Hay que recordar que el secreto profesional no solo se instaure como una garantía procesal, sino que así como citamos anteriormente constituye un deber, dejando entrever un carácter obligatorio del profesional al momento de guardar secretos ocurridos en razón de su trabajo.

En una relación financiera, debe generarse en la medida de lo posible una *relación de confianza entre el banco o entidad financiera y el cliente*, esto para crear una atmósfera que otorgue un grado suficiente de seguridad para el cliente, factor que a su vez implica la generación de un ambiente óptimo para que los inversionistas y demás usuarios del sistema bancario aumente el movimiento de capital, lo cual en síntesis resulta beneficioso para el crecimiento económico de toda la nación.

El secreto bancario resulta ser el deber de los funcionarios de guardar el secreto acerca del contenido de la información financiera de los clientes, al cual acceden en razón de sus funciones laborales, deber que a su vez se instaure como un derecho para el usuario de los servicios. Aquí vemos que el secreto bancario ostenta un carácter dual, pues visto desde la perspectiva del funcionario bancario resulta ser un componente de carácter obligatorio, mientras que para los usuarios se establece como un derecho que busca generar una esfera de protección a la privacidad, en tanto se resguarden las referencias que con su consentimiento otorga a las entidades que le ofrecen sus servicios.

En virtud de lo anterior, insistimos en la importancia que tiene la tutela jurídica del secreto bancario, pues lo que se busca es una *protección a la privacidad del individuo*, específicamente en cuanto a la disposición de su haber patrimonial; tutela que se encarga de esgrimir los lineamientos precisos a seguir por parte de las instituciones y servidores bancarios, y que paralelo a ello

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:24 01-07-1993). “Voto N°2305-93”. San José, Costa Rica.

señala una serie de mecanismos punitivos que podrían generarse ante cualquier omisión o violación al secreto bancario.

Diversa doctrina ha señalado que el establecimiento del secreto bancario como deber y derecho, ha venido a crear un ambiente de confianza y seguridad para los clientes de las instituciones financieras, lo cual significa un aumento creciente en las transacciones de inversión, crédito y ahorro, llevadas a cabo a través de la intermediación financiera de una institución de esta especie.

Cuando se hace referencia a la actividad bancaria, queda implícito un sentido económico en la relación existente entre los individuos y la banca. Además, es importante señalar que la banca juega un papel protagónico en el desarrollo económico de un país, ya sea a través de la inserción de flujo de capital en el mercado como en la protección de los recursos económicos privados. Por ende, resulta de vital importancia brindar seguridad en el proceso bancario, sobre todo en el medio actual el cual cuenta con innumerables formas de inversión y utilización de capital; además, se debe tener en cuenta que en la actualidad los sistemas de control y regulación del secreto bancario deben ser más especializados, sobre todo por la introducción de medios electrónicos para el manejo de fondos, la desmaterialización de los títulos valores, los cajeros informáticos, pago de servicios vía Internet y múltiples transacciones en línea.

Si bien es cierto el Estado debe canalizar la información bancaria para obtener datos que le permitan comprobar si se cumplen los lineamientos a seguir por parte de las instituciones bancarias, también debe tenerse en cuenta que cada individuo ostenta una protección constitucional de su privacidad, pese a diversas tesis antepuestas al respecto. En igual sentido, podemos señalar que no solo el orden constitucional de nuestro país vela por la protección a la intimidad, sino también otros instrumentos de carácter supranacional¹⁸, con lo que se deja claro que este derecho resulta de gran trascendencia para el Derecho. Muchas han sido las discusiones sobre la protección constitucional que

¹⁸ Véase en ese sentido artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

se le otorga a la intimidad de las personas, pero lo indudable es que tal garantía ostenta la categoría de derecho fundamental, y de ahí sobreviene su importancia. Este derecho aquí retratado por nuestra Sala Constitucional resulta ser de gran importancia para todos aquellos que integramos una sociedad, pues de transgredirse ciertos límites de intimidad de las personas, la convivencia y el desarrollo interactivo que existe entre los seres humanos serían lesionados profundamente.

B- Sujetos del secreto bancario

Como se ha señalado con anterioridad, este régimen de protección incluye una pluralidad de sujetos. En términos generales, se habla de dos sectores involucrados: por un lado, quien detenta el derecho, que es el cliente, y por otro lado, los bancos o instituciones financieras, que pueden ser bancos estatales o bancos privados, teniendo en cuenta todo tipo de sociedades financieras, sociedades anónimas, uniones, cooperativas, fondos de pensiones, compañías de seguros, fondos de inversión, que sin importar su constitución, tienen sus propias reglas y que están dedicadas a la intermediación financiera, mismas que cuentan con una serie de preceptos que regulan su accionar, además de la fiscalización necesaria que logre sistematizar su funcionamiento y transparencia. De tal modo, aquí se involucran organizaciones tales como las superintendencias, que regulan el accionar bancario, los bancos estatales y privados, y demás instituciones dedicadas al proceso de intermediación financiera. Recordemos que bancos y entidades de índole financiera están dirigidas no solo a captar recursos, con el fin de que éstos sean destinados para otorgar créditos o bien ser invertidos, pues la realidad refiere a estas entidades como verdaderas empresas comerciales dedicadas a solventar diversas necesidades de los clientes; por ende, se ofrecerá una clasificación general de éstas, para determinar cuáles son aquellos sujetos que deben cumplir con el deber de reserva en cuanto a la información recibida respecto a la actividad financiera, y determinar también aquellos que se ven protegidos por este instituto.

1- Sujetos pasivos¹⁹:

Al hacer referencia a sujetos obligados, no solo se habla de instituciones, entidades u organismos, pues éstos se constituyen como personas jurídicas, y como tales, su funcionamiento y desarrollo se centra en manos de personas físicas, que a través de la fuerza laboral logran brindar los diferentes servicios orientados a satisfacer las necesidades de los clientes.

Recapitulando entonces, se sitúa como sujetos obligados en razón del secreto bancario a todas las entidades que realizan la intermediación financiera y sus entes fiscalizadores, así como a todo el personal humano que se desempeña dentro de estos. El mayor interés radica entonces en desasociar la idea de que el secreto bancario es un instituto que corresponde aplicar únicamente a los bancos, lo que significa que va más allá, pues sus fronteras abarcan todo tipo de entidades dedicadas a la intermediación financiera y operaciones accesorias; por consiguiente, son entes que deben estar expuestas a la fiscalización y a su vez deben adecuar al secreto bancario como una de sus políticas esenciales.

Es claro entonces que existe una multiplicidad de sujetos que tienen el deber de reserva, y no nos referimos de manera exclusiva a un deber pasivo de no relevar el secreto, pues también deben existir conductas activas, que pueden ser medidas de seguridad destinadas a resguardar este secreto. A continuación se presentará un plano general sobre aquellos sujetos obligados a guardar confidencialidad respecto a la información obtenida a través de la actividad financiera, a fin de obtener un panorama más amplio de todas las implicaciones del secreto bancario.

Para ser más precisos, se establecerá una clasificación general de los sujetos pasivos del secreto bancario de la siguiente manera:

¹⁹ Ver VERGARA BLANCO, Alejandro, *op.cit.*, p. 60.

1.1- Órganos de coordinación y supervisión:

Se incluye aquí a todas las entidades encargadas de llevar a cabo la tarea de supervisar y coordinar la actividad bancaria, con el fin de buscar una estabilidad del sector financiero nacional.

Como ejemplo, se sitúa dentro de esta categoría a la SUGEF, cuyo objetivo se ve reflejado en la ley:

"Artículo 115.- Creación

Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras, también denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables.²⁰"

Es evidente el espíritu de la ley, en tanto la SUGEF es una entidad que busca el correcto funcionamiento del sistema financiero del país. Se circunscribe dentro de este apartado por ser un ente de fiscalización, y como tal tiene acceso al movimiento financiero a nivel nacional y, por lo tanto, sus funcionarios tienen acceso a datos sensibles correspondientes al quehacer bancario en general.

Por otro lado, puede citarse a la SUGEVAL, cuya función destaca la Ley Reguladora del Mercado de Valores en su artículo 3:

"Artículo 3.- Creación y funciones

Créase la Superintendencia General de Valores, denominada en esta ley la Superintendencia, como órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica. La Superintendencia velará por la transparencia de los mercados de valores, la formación correcta de los precios en ellos, la protección

²⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*. Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.115.

de los inversionistas y la difusión de la información necesaria para asegurar la consecución de estos fines. Regirá sus actividades por lo dispuesto en esta ley, sus reglamentos y las demás leyes aplicables.²¹”

Esta superintendencia tiene como finalidad llevar a cabo acciones de regulación, supervisión y fiscalización del mercado de valores. Es preciso recordar que la ley establece que *“...se entenderá por oferta pública de valores todo ofrecimiento, expreso o implícito, que se proponga emitir, colocar, negociar o comerciar valores y se transmita por cualquier medio al público o a grupos determinados. Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil.²²”*

Siendo esto así, se logra ver que el deber de reserva no involucra únicamente funcionarios bancarios, pues la actividad de la bolsa de valores también tiene como elemento configurador al secreto bancario, sobre todo porque esta actividad es fuente de atracción de información que ostenta un carácter privado.

Además, se ubica aquí a la SUPEN, que a través de la Ley 7523 del Régimen Privado de Pensiones Complementarias se crea con el fin de fiscalizar las operadoras de pensiones, lo que involucra un acceso informativo importante, la cual tampoco se encuentra exenta de la aplicación del secreto bancario. Tal importancia en el deber de sigilo es evidente en la legislación, como se aprecia seguidamente:

²¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2002). *“Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Reguladora del Mercado de Valores.”* San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 3.

²² REPÚBLICA DE COSTA RICA (2002). *“Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Reguladora del Mercado de Valores.”* San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 2.

"Artículo 53. - Faltas contra la confidencialidad.

Quienes contravengan las prohibiciones citadas en el artículo 67 de la Ley de protección al trabajador serán sancionados con multa de uno a seis salarios base, que aplicará la Superintendencia en beneficio del propio fondo y con cargo a la operadora respectiva. Por salario base se entenderá el definido en la Ley No. 7337, de 5 de mayo de 1993.²³"

A fin de hacer referencia a estas prohibiciones, aportamos el texto del artículo 67 de la mencionada Ley de Protección al trabajador:

"Artículo 67. Confidencialidad de la información

*Deberán guardar estricta confidencialidad respecto de esa información las autoridades, los apoderados, gerentes, administradores y cualquier persona que, en razón de su labor en un **ente regulado**, acceda a información de las inversiones de los recursos de un fondo que aún no haya sido divulgada oficialmente en el mercado y que, por su naturaleza, sea capaz de influir en las cotizaciones de los valores de dichas inversiones.*

Quienes actúen en contravención de lo señalado, a solicitud de la Superintendencia, deberán ser destituidos, mediante la aplicación de la legislación laboral correspondiente; sin perjuicio de las sanciones penales que puedan aplicarse. Asimismo, se prohíbe a las personas mencionadas valerse, directa o indirectamente, de la información reservada con el fin de obtener, para sí o para otros, de los fondos administrados, ventajas mediante la compra o venta de valores.

Ninguna información registrada en las cuentas individuales podrá ser suministrada a terceros, excepto en los casos previstos en esta Ley.²⁴"

(Resaltado no es del original)

²³ Superintendencia de Pensiones de Costa Rica (2009). <www.supen.fi.cr>. Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias (Ley 7523) art. 53. [Consulta: 01 marzo 2009].

²⁴ Superintendencia de Pensiones de Costa Rica (2009). <www.supen.fi.cr>. Ley de Protección al Trabajador (Ley 7983) art. 67. [Consulta: 01 marzo 2009].

Respecto a estos artículos, atrae la atención el hecho de que la normativa es clara, pues cualquier persona, sin importar su labor dentro del escalafón administrativo, debe guardar reserva respecto a la información recibida acerca de los fondos de pensiones, e inclusive, se evidencia una eventual responsabilidad laboral y penal. Además, se resalta la frase "ente regulado", con el fin de dejar en claro que este precepto hace referencia a entidades sujetas a la supervisión de la SUPEN; sin embargo, la norma no explica de manera clara, el deber de los personeros que conforman a la misma Superintendencia de Pensiones, situación que si se evidencia en la legislación con respecto a la SUGEF²⁵. Pese a ello, el deber genérico del secreto bancario le es aplicable a esta entidad, pues es indudable que manejan datos relacionados con movimientos financieros, específicamente relacionados con operadoras de pensiones.

También se sitúa dentro de esta categoría al Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, que se perfila como un órgano de supervisión de las supra citadas, creado mediante el artículo 169 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Lo más particular de las anteriores entidades radica en que se constituyen como órganos de desconcentración máxima, a lo que la Ley General de la Administración Pública indica:

"Artículo 83.-...

3. La desconcentración será máxima cuando el inferior esté sustraído además, a órdenes, instrucciones o circulares del superior...²⁶"

Al respecto, señala la jurisprudencia constitucional que *"...la desconcentración es el fenómeno de organización administrativa que se produce a lo interno de una misma persona jurídica –esto es, sin crear un*

²⁵ Ver en ese sentido artículo 132 de la LOBCCR.

²⁶ República de Costa Rica (2008). *"Ley general de la administración pública"*. Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 83 inciso 3.

nuevo ente-, al que se le asigna una competencia concreta, pero que sigue siendo dependiente –en lo no desconcentrado– del jerarca del ente al que pertenece, todo lo anterior, de conformidad con el artículo 83 de la Ley General de la Administración Pública.²⁷”

Pese a esta autonomía administrativa, las entidades financieras dedicadas a la supervisión y fiscalización de intermediación financiera deben guardar el sigilo, pues las atribuciones de independencia en cuanto a su competencia no implican que deban publicitar de manera irrestricta los datos que les conciernen. Así bien, se aclara nuevamente que estas entidades tienen como función coordinar y supervisar las entidades dedicadas a la intermediación financiera, y no ejercen en sentido estricto esta actividad, sin embargo, su función les adscribe a un campo de acción mediante el cual deben con fundamento legal, conocer muchas de las transacciones referentes al marco financiero. De tal modo, tramitan en sus registros información de carácter sensible para los clientes de los entes regulados.

Prosiguiendo con este examen, se encuentra al Banco Central de Costa Rica, que constituye una institución con objetivos de regulación de la moneda nacional, tal y como reza el artículo 2 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica:

“Artículo 2.- Objetivos.

El Banco Central de Costa Rica tendrá como principales objetivos, mantener la estabilidad interna y externa de la moneda nacional y asegurar su conversión a otras monedas y, como objetivos subsidiarios, los siguientes:

- a) Promover el ordenado desarrollo de la economía costarricense, a fin de lograr la ocupación plena de los recursos productivos de la Nación, procurando evitar o moderar las tendencias inflacionistas o deflacionistas que puedan surgir en el mercado monetario y crediticio.*

²⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:43 01-03-2006). “Voto N°2874-06”. San José, Costa Rica.

- b) Velar por el buen uso de las reservas monetarias internacionales de la Nación para el logro de la estabilidad económica general.*
- c) Promover la eficiencia del sistema de pagos internos y externos y mantener su normal funcionamiento.*
- d) Promover un sistema de intermediación financiera estable, eficiente y competitivo.²⁸ "*

Este artículo indica que el Banco Central de Costa Rica tiene como objetivo mantener una estabilidad tanto monetaria como financiera en general, pero su carácter de ente superior no implica que se encuentre exento de aplicar en igualdad con las otras entidades financieras el secreto bancario. Además de esto, la ley faculta a este órgano para supervisar de manera general las políticas financieras ocurridas en los diferentes entes regulados por la intermediación financiera.

Para concluir, es preciso mencionar que existen otros órganos de supervisión y fiscalización, como auditorías y otros entes administrativos, que en igualdad de condiciones deben someterse al deber de confidencialidad, tal y como lo establece la Ley General de Control Interno:

"Artículo 6.- Confidencialidad de los denunciantes y estudios que originan la apertura de procedimientos administrativos.

La Contraloría General de la República, la administración y las auditorías internas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que presenten denuncias ante sus oficinas.

La información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General,

²⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*. Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.2.

cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que obren en el expediente administrativo.²⁹ "

Este artículo hace mención de todas aquellas dependencias encargadas de realizar procesos de fiscalización e investigaciones en procesos planteados acerca de las actividades de los mismos órganos supervisados. En general, nos referimos a las auditorías, ya que las superintendencias mismas cuentan con auditorías encargadas de realizar procesos de control sobre el manejo de la actividad financiera en general y como vemos estos órganos también deben cumplir con un deber de confidencialidad respecto a los datos que manejan.

1.2- Entidades financieras bancarias

Estas pueden ser públicas o privadas. Respecto a esto, la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional establece:

"Artículo 1.- El Sistema Bancario Nacional estará integrado por:

1.- El Banco Central de Costa Rica.

2.- El Banco Nacional de Costa Rica.

3.- El Banco de Costa Rica.

4.- Derogado.

Derogado por el artículo 1, de la Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense No. 7471 del 20 de diciembre de 1994.

5.- El Banco Crédito Agrícola de Cartago.

6.- Cualquier otro banco del Estado que en el futuro llegare a crearse; y

7.- Los bancos comerciales privados, establecidos y administrados conforme con lo prescrito en el Título VI de esta ley...³⁰ "

²⁹ Contraloría General de la República de Costa Rica (2009). <http://www.cgr.go.cr>. Ley General de Control Interno (Ley 8292) art. 6. [Consulta: 01 marzo 2009].

³⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional". Compilado Arias Alpízar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.1.

Mediante esta norma, queda claro cuáles son los bancos que integran el sistema bancario nacional. aquí retrata la norma específicamente los que integran la banca estatal por un lado, y por otro sector, los bancos privados. En cuanto a los bancos estatales, se señala que son instituciones autónomas de derecho público, que tienen independencia sobre su organización administrativa y cuentan con una personería jurídica; estos cuentan con el respaldo del Estado. Los bancos privados, por su parte, son contemplados a través de nuestra legislación de la siguiente manera:

"Artículo 141.- Los bancos privados deberán, necesariamente, constituirse como sociedades anónimas o como uniones o federaciones cooperativas, con arreglo a las normas legales que rigen a tales entes, en cuanto no estuvieren especialmente modificadas por la presente ley...³¹ "

Respecto a este artículo, es destacable que además de contemplar la figura del banco privado, se hace mención también de los bancos cooperativos, los cuales se encuentran incluidos dentro de la categoría de los pertenecientes al sistema bancario nacional, como vemos a continuación:

"Artículo 179.- Los bancos cooperativos que se constituyan formarán parte del Sistema Bancario Nacional y, por lo tanto, serán regulados por la presente ley, por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y por la Ley de Asociaciones Cooperativas, No. 6756 del 5 de mayo de 1982, en cuanto no contravenga las leyes anteriores...³² "

A manera de síntesis, se entiende que toda entidad que forma parte del sistema bancario nacional se constituye como un sujeto pasivo del secreto bancario, ya sean bancos públicos, privados o bancos cooperativos, que como queda demostrado cuentan con sus respectivas regulaciones dentro de nuestra

³¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional". Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.141.

³² *Ibid.* art. 179.

legislación, por lo cual, consecuentemente, al perfilarse como entes que desarrollan la actividad de intermediación financiera, deben cumplir con los estándares básicos que garanticen un fuero de protección sobre la información perteneciente a sus clientes, ya sea sobre sus datos privados o bien sobre la información referente a las transacciones practicadas a través de dichas entidades. Más importante aún es señalar que lo trascendental no es la figura jurídica empleada para su constitución, pues como señala la ley pueden ser sociedades anónimas, uniones o federaciones cooperativas; lo de rigor es identificar el tipo de actividad que llevan a cabo, con el fin de ubicarlas dentro de las organizaciones que están sujetas a la aplicación del secreto bancario.

Por último, se incluye en este apartado otro tipo de bancos creados a través de la legislación que ostentan un carácter especial, a raíz de ser creados en función de promover el desarrollo nacional.

Aquí se sitúa al Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el cual ostenta el carácter de institución de derecho público no estatal, pero que según su ley de constitución forma parte del sistema bancario nacional. Al respecto señala la normativa:

"Artículo 2º.- El Banco Popular y de Desarrollo Comunal es una institución de Derecho Público no estatal, con personería jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía administrativa y funcional. Su funcionamiento se regirá por las normas del Derecho Público.

El Banco tendrá como objetivo fundamental dar protección económica y bienestar a los trabajadores, mediante el fomento del ahorro y la satisfacción de sus necesidades de crédito...³³"

Esta norma, indica ese carácter de institución de Derecho Público no estatal, su condición de autonomía, y sobre todo resaltamos el hecho de que

³³ Procuraduría General de la República de Costa Rica (2009). <<http://www.pgr.go.cr>>. Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (Ley 4351). [Consulta: 01 marzo 2009].

fue creada en función de otorgar un ámbito de protección y bienestar para los trabajadores a través del fomento del ahorro. Esta misma normativa, en su artículo 47, indica que este banco es parte del sistema bancario nacional, por ende se rige por los mismos preceptos, y en conclusión, el secreto bancario es parte esencial de las obligaciones que implican su funcionamiento.

Del mismo modo, tenemos dentro del sistema bancario nacional al Banco Hipotecario de la Vivienda, que al igual que el anterior se constituye como institución de Derecho Público no estatal, y su misión consiste en el fomento de proyectos dedicados al desarrollo de la vivienda en Costa Rica³⁴.

Teniendo en cuenta este conglomerado de bancos, debe conocerse que la figura de "banco" no es la única sujeta a la aplicación del secreto bancario; por ende, se continúa en este análisis con otras instituciones adscritas a la aplicación de este instituto.

1.3- Empresas financieras no bancarias

Resulta necesario aclarar que cuando se hace referencia a entidades financieras, no se hace de forma exclusiva en función de los bancos; inclusive, nuestra legislación establece este deber en la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias, refiriéndose aquí a todas aquellas entidades que sin ser bancos, se dedican a la actividad de la intermediación financiera.

El artículo 8 de la citada ley establece:

"Artículo 8.- Las sociedades financieras no podrán hacer del conocimiento público los detalles de las operaciones individuales realizadas con sus clientes, ni las informaciones de carácter reservado que reciban de éstos con excepción de:

³⁴ Véase Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda (Ley 7052).

a) Los informes que requiera la Superintendencia General de Entidades Financieras en ejercicio de sus funciones de fiscalización y vigilancia conforme a esta ley;

(Así modificado el nombre del ente contralor bancario por el artículo 176, de la Ley No. 7558 del 3 de noviembre de 1995.)

b) Los datos estadísticos y financieros de carácter general que necesite el Banco Central de Costa Rica o que la sociedad considere necesario divulgar o publicar para la promoción de sus actividades;

c) El intercambio de información por conductos privados que deban efectuar para fijar su política crediticia y el trámite normal de sus negocios; y

d) La que soliciten las autoridades judiciales competentes o que sea requerida para el cumplimiento de las leyes vigentes.³⁵”

Queda claro aquí que el secreto bancario es un deber no solo para los bancos, sino también para aquellas entidades que realizan la actividad de la intermediación financiera.

Así lo estipula esta misma ley en su artículo primero:

"Artículo 1.- Para los efectos de esta ley, se considera empresa financiera no bancaria, la persona jurídica distinta de los bancos u otras entidades públicas o privadas reguladas por ley especial, que realicen intermediación financiera en los términos definidos en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

Para poder operar como tales, las empresas financieras no bancarias deben constituirse como sociedades anónimas, estar autorizadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras y cumplir con las condiciones establecidas en esta ley y en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

³⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley reguladora de empresas financieras no bancarias". Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.8.

(Así reformado por el artículo 163, inciso a), de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica No. 7558 del 3 de noviembre de 1995.)³⁶ "

La norma es expresa en el sentido de que estas empresas son distintas de los bancos, y pueden ser públicas, tales como el Instituto Nacional de Seguros, el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo y otros; o bien pueden ser privadas. Dentro de todo este conjunto podemos ubicar a las mutuales, asociaciones solidaristas y cooperativas de ahorro y crédito. Aclaremos que estas no forman parte del sistema bancario nacional, sin embargo, fungen como intermediarios financieros; es decir, pese a no ser constituidas como bancos, si llevan a cabo la actividad de intermediación financiera, por ende deben aplicar los criterios de reserva sobre la información otorgada por sus clientes, tal y como establece la supra citada ley.

1.4- Entidades participantes en el mercado de valores

Existe una diferenciación entre el secreto bancario y el secreto bursátil, éste último instaurado mediante la Ley Reguladora del Mercado de Valores en su artículo 108: *"Los participantes en el mercado que reciban órdenes, las ejecuten o asesoren a clientes respecto de inversiones en valores, deberán actuar con cuidado y diligencia en sus operaciones, realizándolas según las instrucciones estrictas de sus clientes o, en su defecto, en los mejores términos, de acuerdo con las normas y los usos del mercado. La información que dichos participantes tengan de sus clientes será confidencial y no podrá ser usada en beneficio propio ni de terceros; tampoco para fines distintos de aquellos para los cuales fue solicitada³⁷ "*

La norma transcrita hace referencia específica a aquellas entidades que participen de alguna forma respecto a las inversiones en valores, sin embargo, la Sala Constitucional explica que ambos institutos han de ser equiparados en razón de su aplicación práctica, señalándolo de la siguiente manera:

³⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley reguladora de empresas financieras no bancarias". Compilado Arias Alpízar, Luz y Aberca Hernández, Oriester, Art. 1.

³⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2002). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Reguladora del Mercado de Valores". San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 108.

"...es preciso indicar que el secreto bancario se establece para la intermediación financiera, la cual tiene como objeto de negociación el dinero, mientras que el secreto bursátil, (artículo 108 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores), se desarrolla dentro de la intermediación bursátil y tiene por objeto de negociación las acciones, obligaciones u otros valores. Además, es claro que ambos institutos tienen como fin resguardar la información de las operaciones que en el ejercicio de la intermediación financiera y bursátil, según el mercado de que se trate, se haya obtenido de los particulares..."³⁸

Este fragmento señala que su finalidad radica en el resguardo de información; por ende, se sitúa dentro de esta categoría a todas las instituciones y funcionarios que se dediquen a la intermediación bursátil, pese a la diferenciación que se ha hecho respecto a estos dos mecanismos.

1.5- Grupos financieros

Si bien es cierto que estos pueden abarcar dentro de su conformación entidades de las anteriormente mencionadas, las mencionamos como un importante sujeto de control, que muchas veces dentro de su estructura contiene el aporte de empresas dedicadas a prestar servicios financieros que no se encuentran directamente regulados por las entidades supervisoras del sistema financiero nacional, pero que tramitan información que ostenta carácter confidencial.

Al respecto señala la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica:

"Artículo 141.- Constitución de grupos financieros

Los grupos financieros deberán estar constituidos por una sociedad controladora y por empresas dedicadas a prestar servicios financieros organizadas como sociedades anónimas, tales como bancos, empresas financieras no bancarias, almacenes generales de depósito, puestos de bolsa, sociedades de inversión, empresas de arrendamiento

³⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:04 14-12-2004). "Voto N°14201-04". San José, Costa Rica.

financiero, así como bancos o financieras domiciliados en el exterior, acreditados como tales por la autoridad foránea correspondiente...³⁹ "

Resulta claro aquí, la presencia de empresas diferentes de las mencionadas anteriormente, pero lo importante es señalar que el secreto bancario debe aplicarse, en función de la información que se maneja, y no en función del tipo de figura jurídica a través de la cual se constituyó la respectiva entidad, teniendo en cuenta siempre que el secreto bancario ocurre siempre en función del ejercicio profesional de una actividad financiera.

El crecimiento de la actividad financiera ha hecho necesario que la actividad financiera sea sometida a un concepto de supervisión consolidada, el cual no se remite de manera específica a los bancos sino que incrementa su ámbito de acción aún más.

Es criterio de la Procuraduría General de la República que *"...la supervisión consolidada no opera sólo respecto de los bancos. Por el contrario, está referida a los diversos ámbitos de la actividad financiera. Por ello, puede ser ejercida sobre grupo o conglomerados financieros. Estos son grupos de entidades bajo un mismo control, dirigidas a proveer servicios en al menos dos sectores financieros diferentes: banca, valores, seguros...⁴⁰ "*

Este tipo de supervisión evidencia la importancia de la regulación en cuanto de diferentes entidades, y de igual manera, la confidencialidad debe ser aplicada en todo contexto que envuelva el accionar de alguna entidad financiera.

³⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*. Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art. 141.

⁴⁰ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1994). *"Dictamen 320 del 06-09-2005"*. San José, Costa Rica.

1.6- Funcionarios de las entidades

Tanto directivos, como funcionarios en general, integran el accionar de estas entidades; por consiguiente, el recurso humano en general se encuentra en obligación de cumplir con la reserva financiera.

En igual sentido, puede hacerse referencia a todos aquellos individuos, que aunque no tengan incidencia directa en la tramitación de transacciones financieras, sí tienen relación con la entidad, ya sea por motivos de fiscalización u otro, que les permitiera tener participación en la interacción misma que se lleva a cabo en mercado financiero.

Todo el personal de estas instituciones se rige en primera instancia por los reglamentos internos de trabajo, esto según lo estipula el Código de Trabajo:

"Artículo 66.- Reglamento de trabajo es el elaborado por el patrono de acuerdo con las leyes, decretos, convenciones y contratos vigentes que lo afecten, con el objeto de precisar las condiciones obligatorias a que deben sujetarse él y sus trabajadores con motivo de la ejecución o prestación concreta del trabajo."⁴¹

En atención a esta norma, los bancos o instituciones dedicadas a la intermediación financiera se encuentran facultadas para promulgar reglamentos dirigidos a fundar preceptos que busquen la protección del secreto bancario dentro de sus labores.

Por ejemplo, el reglamento autónomo de servicios del Banco Central de Costa Rica contempla como faltas graves cometidas por sus funcionarios las siguientes:

"Artículo 121. Serán consideradas como faltas graves las siguientes:

⁴¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2006). *"Código de Trabajo"*. Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 66.

...b. Las actuaciones perjudiciales que cometan los servidores con dolo o culpa grave en contra de la Institución, en el manejo de fondos, documentos, datos, información, claves de seguridad, valores o los bienes del Banco...

...f. Sacar del lugar de trabajo documentos, valores, equipos de diferente índole, máquinas, vehículos u otros bienes propiedad de la Institución o al cuidado de éste sin autorización de quien pueda darla...⁴² n

Nótese que el inciso b de este artículo considera que por dolo o culpa, el manejo erróneo de información constituye una falta grave. En igual sentido, el siguiente inciso transcrito hace referencia a los documentos que sean sacados del lugar del trabajo, de manera que no solo las entidades financieras deben cumplir con el deber del secreto bancario, sino también todos los funcionarios y personal que intervenga en el accionar de la institución.

Claro está que el personal de estas entidades podría transgredir el secreto, tanto por una acción dolosa o culposa, como por una omisión en los mismos términos. Sin embargo, esta disertación será analizada más adelante en el curso de este estudio. Por ello, se prestará especial atención al plano laboral que involucra el secreto bancario; por ejemplo, vemos que el artículo 71 del Código de Trabajo, en su inciso g, establece la obligación de guardar los secretos que puedan conocer, en función de sus labores.

"Artículo 71.- Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores: ...

g) Guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tenga conocimiento por razón del trabajo que

⁴² BANCO CENTRAL DE COSTA RICA. (2008). < http://www.bccr.fi.cr/flat/bccr_flat.htm >. Reglamento autónomo de servicios del Banco Central de Costa Rica [Consulta: 15 noviembre 2008].

ejecutan; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono, y...⁴³”

Este artículo habla de todo tipo de aspectos que pudieren lesionar al patrono, lo cual podemos asociar con el deber de sigilo en la actividad bancaria, pues una ruptura de este instituto puede acarrear responsabilidad por parte de la entidad involucrada. Esto resulta de suma importancia, debido a que en la actualidad la corriente informativa de las transacciones financieras es muy elevada, y en conjunción con los mecanismos tecnológicos de nuestra época son muchos los funcionarios involucrados en el procesamiento de dicha información.

Muestra de esto ocurre con un débito efectuado a una cuenta electrónica a través de un cajero electrónico, ya que no solo los empleados de contabilidad de la entidad pueden acceder al monto, hora y fecha del retiro, para efectuar sus cálculos, sino que el personal de informática, en ocupación del software que utiliza el cajero, los encargados del hardware, las jefaturas inmediatas y muchos otros tendrán esta facultad; pues la cantidad de movimientos de este tipo es basta y, por lo tanto, se requiere de un considerable número de elementos humanos que corroboren y vigilen el mantenimiento tecnológico y el proceso de los datos.

En relación a esto, debemos tener en cuenta que el recurso humano que integra cualquier institución dedicada a la intermediación financiera es muy amplio, involucra personas dedicadas a la administración y gerencia, contabilidad, cajas, atención al cliente, sección de créditos, soporte técnico, atención de cajeros automáticos, plataformas de servicios y diversos servicios. Aquí lo relevante sería determinar, de estos sujetos, cuáles son los que pueden tener acceso a la información de los clientes; sin embargo, nuestra normativa carece de un sistema completo de clasificación sobre cuáles empleados de la institución tienen la facultad de disponer de la información privilegiada.

⁴³ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2006). “Código de Trabajo”. Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 71.

Respecto a esto, lo más sobresaliente es acerca de los funcionarios que tienen en sus manos el área informática de las entidades financieras, sobretodo actualmente, donde el sector tecnológico tiene un avance desproporcionado en relación al crecimiento normativo en nuestro país.

La implementación tecnológica implica muchas veces que funcionarios, ya sea directa o indirectamente ligados a la institución, tengan acceso a la información privilegiada, por ejemplo administradores de bases de datos - quienes se ocupan de la tecnología de la información- desarrolladores de software y personal de soporte técnico, que es personal calificado con conocimientos amplios en el área informática, lo cual puede establecer una amplia brecha en cuanto al manejo de los datos y la efectiva fiscalización que garantice la fiabilidad del secreto bancario. Esta expansión tecnológica, y la deficiente adecuación normativa en nuestro país, exponen una carencia dentro de la legislación que regula el secreto bancario.

Entonces, la pregunta a formular sería: ¿cuáles funcionarios tienen el deber de guardar el secreto bancario? Ante tal interrogante, aportamos como ejemplo que el Banco Nacional de Costa Rica ha girado a partir de sus circulares, directrices estrictas que giran la instrucción de no revelar información sobre las operaciones de sus clientes a clientes, usuarios o funcionarios del banco que no la necesiten para sus labores cotidianas. En este sentido, el banco ha sido categórico en el sentido de girar estas instrucciones dirigidas hacia "todos los funcionarios"⁴⁴.

En igual contexto, el Reglamento autónomo de servicios del Banco Central de Costa Rica⁴⁵ hace referencia en general a los servidores.

Es evidente que el secreto bancario involucra la obligación de funcionarios en general y no otorga una distinción específica, sobre todo porque las instituciones financieras, pese a ser personas jurídicas, constan por

⁴⁴ Banco Nacional de Costa Rica. "DCTO-035-2003". 24 de junio de 2003.

⁴⁵ Ver supra pp. 41-42.

razones lógicas de material humano, que se encarga de su funcionamiento, y por ende, debe garantizarse que estas personas efectúen su actividad sometidas a parámetros de confidencialidad respecto a las operaciones llevadas a cabo por los clientes de las diversas instituciones.

2- Sujetos activos⁴⁶

Continuando con la evaluación de los sujetos del secreto bancario, se presentan, como contrapartida de los sujetos expuestos como obligados a guardar el secreto bancario, aquellos quienes gozan del secreto como un derecho. En este caso, se analizan dos grandes grupos generales, pues si bien es cierto, en principio, son los clientes los sujetos primordiales que gozan de tal protección, debe considerarse que las entidades financieras obtienen también una esfera de protección en función de su actividad, esto con el fin de resguardar la privacidad en sus actuaciones.

2.1- Los clientes

Para efectos de este estudio, se comprenderá como cliente a *"toda aquella persona que lleve a cabo un negocio o una operación con el banco o sociedad financiera o mantiene una relación con una entidad financiera, aunque sea meramente precontractual o de tratativa preliminar a la formalización de las operaciones bancarias⁴⁷"*.

Esta resulta una definición amplia, pero debe analizarse que el secreto bancario es solo una vertiente de toda la amplia gama de aspectos que incluye el secreto profesional. Se localiza, por lo tanto, a todo aquel que se ha relacionado con el banco, y no nos restringimos a un contrato en específico. La doctrina apunta que utilizar un sentido amplio al término cliente resulta necesario para tutelar de manera efectiva todos los movimientos realizados en el ámbito financiero. Entonces, es acertado afirmar que cualquier sujeto que tenga relación con el banco o institución análoga tiene categoría de cliente, ya sea que realice pagos por servicios recibidos, gestione créditos o que reciba

⁴⁶ Ver VERGARA BLANCO, Alejandro, *op.cit.*, p. 58.

⁴⁷ Ver CASCANTE SOTO, et al, *op.cit.*, p. 248.

dicha prestación, cobre un cheque, administre su capital a través del banco o cualquier otro tipo de actividad que lo relacione con éste.

Todo esto surge por la necesidad que tiene el cliente de encontrar tutela jurídica efectiva de su derecho a que se resguarde su intimidad, pues cualquier sujeto que tenga relación con el banco, espera que su haber financiero sea un dato de carácter confidencial, sobre todo en casos donde no se desea que amigos, parientes, acreedores o cualquier tercero, se enteren de los pagos, transferencias, créditos o algún otro dato concerniente a la individualidad de sus actos.

Para finalizar, se debe comprender que los clientes pueden ser tanto personas físicas como jurídicas; por lo tanto, el secreto bancario no solo protege individuos, sino también a empresas de todo tipo, organismos de cualquier categoría, siempre que accedan o realicen actos dirigidos a utilizar alguno de los servicios que brinda una entidad financiera.

2.2- Entidades financieras

El secreto bancario se presenta como una modalidad del secreto profesional, y como objetivo sustancial, la protección de datos va en función de garantizar la privacidad de los clientes; pese a esto, incluimos dentro de esta categoría a todas las entidades financieras, pues si bien es cierto estas no figuran como clientes, existen ciertos supuestos que garantizan la confidencialidad de sus actuaciones.

Por ejemplo, las entidades financieras sujetas a la fiscalización de la Superintendencia General de Entidades Financieras deben suministrar la información necesaria para que las labores de supervisión se lleven a cabo, esto con el fin de corroborar la legitimidad de sus actuaciones y garantizar la solidez de estas instituciones; sin embargo, este flujo informativo es con el único objetivo de llevar a cabo dicha supervisión, y tales datos no pueden trascender con un carácter público, así cita la legislación:

"...La ubicación individualizada de entidades fiscalizadas en situaciones de inestabilidad o irregularidad financiera, estará protegida por la confidencialidad..."⁴⁸

Se dispone entonces a las entidades fiscalizadas como sujetos protegidos por el deber de confidencialidad⁴⁹; en sustancia, quiere decir que si bien es cierto existe una corriente de datos interinstitucional, ésta debe tener límites restrictivos respecto al uso de tal información.

En muchas ocasiones, los datos que manejan los entes fiscalizadores corresponden a información que revela la situación financiera y volumen de movimientos de las entidades, y no solo corresponde a datos de individuos específicos. Se busca, entonces, una protección de las entidades financieras, pues no toda información puede ser divulgada a la colectividad, siempre que no exista un interés público comprometido. Entonces, si las informaciones competen solamente al interés privado de las entidades, tienen un carácter confidencial, y por lo tanto no puede promoverse su publicación.

C- El bien jurídico tutelado

Hasta este punto se ha disertado sobre el fundamento, concepto e integración del secreto bancario, pero, además, este instituto se puede analizar desde dos perspectivas, ya sea a través de quien lo detenta como un derecho o bien para quienes resulta un precepto, ya que es un mecanismo jurídico estructurado y su existencia es en función de proteger un bien jurídico.

Por excelencia, la intimidad, se perfila como la esencia de este instituto, sin embargo, debemos tener en consideración que existen otros intereses que se protegen con el deber de confidencialidad, que van en busca de proteger el sistema financiero.

⁴⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica". Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.138.

⁴⁹ Tal protección puede ser excluida en aquellos casos en que se requiera información en función del interés público.

1- La intimidad

Este es un concepto ampliamente discutido y habitualmente asociado al término "*privacidad*", pues ambos son interpretados como sinónimos. Sin embargo, debe aclararse que existe una diferencia entre ambas concepciones, que por lo general se utilizan de manera indiscriminada.

En primer orden, debe identificarse la privacidad como aquella que *"...refiere al ámbito de las acciones privadas que no afecten a terceros, aunque pueden ser conocidas por éstos. Lo privado no lo es por el conocimiento que de esas acciones tengan los demás. Es privado porque pertenece a la esfera personal de las personas y no afectan a terceros."*⁵⁰

Se denota aquí que la privacidad corresponde, entonces, al sector de las acciones privadas, es decir, que no competen a la colectividad, siempre que no afecten a terceros. Si existiera tal injerencia sobre terceros, se estaría excluyendo de la esfera de la privacidad a tales acciones. Es aquí donde específicamente puede situarse al secreto bancario, pues la intimidad hace referencia a un fuero espiritual del individuo y no a su interacción social.

Precisamente, para esclarecer tal diferencia se indica que la intimidad versa sobre lo íntimo, que es *"...la zona espiritual e íntima, reservada de una persona."*⁵¹, por lo que es un término asociado con un sector más profundo del individuo, que corresponde a información relacionada con preferencias religiosas, sexuales y políticas, entre otras.

Pese a esto, debe aclararse que el término intimidad ha ido evolucionando a través del tiempo, otorgando cada vez un margen más amplio de protección y alejándose de este concepto limitado que indica que intimidad versa específicamente sobre aspectos espirituales.

⁵⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2009). <<http://www.asamblea.go.cr>>. Documento del grupo de trabajo de la iniciativa Global Legal Information Network Américas del Banco ID. Protección de la privacidad y de los datos personales Habeas Data. [Consulta: 22 octubre 2009], p. 21.

⁵¹ *Ibid.*

De tal forma la Sala Constitucional expresó que *"el derecho a la intimidad entre otras cosas, es el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado."*⁵² Quiere decir esto que el ordenamiento costarricense permite a los ciudadanos un marco de acción mediante cual se encuentra protección ante las injerencias de terceros.

El término intimidad es oponible a lo público; resulta ser el resguardo de las informaciones que no pueden ser difundidas sin el titular de este derecho.

Siguiendo con esta evolución conceptual, la Sala Constitucional determinó que *"El término intimidad deriva del vocablo latino intimus, que evoca la idea de lo más interno o recóndito, la interioridad de la persona, por lo que se le ha vinculado con la soledad y el aislamiento. Sin embargo, la ciencia jurídica se ha alejado de esta concepción filosófica primaria y la ha trasladado al campo de las relaciones sociales, a la vista de que una intimidad que no trascienda el ámbito interno del individuo carecería de toda relevancia jurídica. A pesar de este cambio de visión, no se ha dejado de apreciar la importancia de una concepción del sujeto como un ser eminentemente individual que requiere de un ámbito de desarrollo propio sin las injerencias injustificadas de otras personas."*⁵³ (Resaltado no es del original)

Obsérvese que este extracto hace énfasis en el avance conceptual de la intimidad, en tanto que ésta no ha de limitarse al sector interno de los individuos, sino que actualmente se concibe como un término que abarca las relaciones sociales, por lo que ámbito financiero puede ser incluido como parte de las actividades protegidas por el derecho a la intimidad.

Pese a esto, debe recordarse que aunque el concepto jurídico de intimidad ha evolucionado, no debe perderse de vista que va asociado siempre

⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:16 27 -03-1991). *"Voto N°678-91"*. San José, Costa Rica.

⁵³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:36 27 -07-1999). *"Voto N°5802-1999"*. San José, Costa Rica.

al individuo como un ser individual. Resulta correcto afirmar, entonces, que el secreto bancario es protegido por el derecho a la privacidad; sin embargo, resulta correcto actualmente aseverar que el deber de reserva financiera busca proteger la intimidad, teniendo en consideración su progreso conceptual.

Teniendo esto en claro, es necesario señalar que el derecho a la intimidad ha generado polémica, ya que nuestra legislación se encarga también de garantizar el derecho a la información. Un ejemplo claro de esta controversia se ve reflejado en el ejercicio profesional del periodismo, donde hay facultad para difundir información variada, por diversos medios, como radio, televisión, prensa escrita y otros que inclusive llegan a publicar imágenes y criterios sobre actos propios que pueden versar sobre la intimidad de las personas.

La esfera íntima de las personas ha sido centro de un uso abusivo de información por parte de terceros, lo cual ha generado especial interés dentro de la doctrina y la legislación en procura de una protección más efectiva, máxime en nuestra época, ya que el auge de la tecnología facilita aún más la propagación de informaciones e imágenes que resultan ser exclusivas de la personalidad de los individuos.

Referente a este último aspecto, debe decirse que la revolución tecnológica ha sido uno de los elementos detonantes en la difusión indebida de información, sobre todo con el auge de nuevas técnicas para digitalizar imágenes, sonido, escaneo de documentos, acceso vía internet, telefonía móvil y muchos más, pues además de simplificar muchos aspectos de la vida cotidiana permiten, a su vez, de manera rápida y sencilla tener acceso a diferentes focos informativos, donde no solo de manera información general sino también de carácter íntimo.

Por ejemplo, si se examina el sitio web del registro nacional de la propiedad, se encuentra viable tener información acerca de bienes muebles e inmuebles, y sus propietarios; siendo éste uno de tantos casos que se suscitan.

Se suman al internet, un sinnúmero de medios digitales que ofrecen la posibilidad de grabar y reproducir audio, video e imágenes. Todos estos avances han sido producto del ingenio y la necesidad de crear medios cada vez más efectivos de comunicación y almacenamiento de información, sobretodo en estos días en los que la velocidad y la capacidad acumulativa de datos, resultan una necesidad latente. Pese a lo anterior, anotamos que todo este cúmulo tecnológico, además de otorgar beneficios, participa en gran medida en la injerencia arbitraria de terceras personas dentro de la intimidad de otros individuos.

Pese a la eventual intromisión que puede significar esta ola tecnológica, el mundo actual tiene como requerimiento su desarrollo, visto como una necesidad, más que un lujo, sobre todo cuando estamos frente a una tendencia de unificación mundial a través de un proceso de crecimiento tecnológico, lo cual es un producto propio del fenómeno conocido como "*mundialización*"⁵⁴.

Al ser este progreso es un efecto ineludible, es importante también fijar lineamientos que ayuden a controlar el proceso informativo, que a la vez logren garantizar, o al menos minimizar, el acceso indiscriminado a la intimidad de las personas.

"En la intimidad del ser humano existen espacios y situaciones que se encuentran incorporados en su persona y que por lo tanto, deben ser considerados como propios.

En razón de ello, la intimidad es un derecho que debe ser protegido por el Derecho tanto frente al Estado como frente a los demás individuos."⁵⁵

⁵⁴ ARAUJO AGUILAR, Patricia et al (2002). "Signos al Infinito". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial de la Universidad de Costa Rica, p. 17.

⁵⁵ SÁENZ MEDERAS, Andrea (2001). "El derecho a la intimidad frente al derecho a la información". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p 99.

Esto deberá ocurrir en vista de ser un aspecto complejo, referido a aspectos delicados de una manera muy particular, variando de un individuo a otro.

Todos los ciudadanos tienen derecho a gozar de un campo de acción individual mediante el cual sean reservados ciertos pensamientos, creencias y hechos, los cuales no pueden ser invadidos por terceros. Este es un factor determinante para desarrollar la personalidad de cada sujeto, que a su vez pueda permitirle interactuar dentro del entorno social, sin que este último interfiera con sus propias convicciones.

Muchos autores equiparan el término intimidad con el de vida privada⁵⁶, con lo que hacemos nuestra reflexión de interpretar la intimidad como el derecho de todo Individuo de gozar de un sector personal, el cual no puede ser accedido por otras personas, a menos que el titular de este derecho manifieste su conformidad al respecto.

La intimidad se perfila como un conglomerado de situaciones de la vida de un individuo, abarcando su desarrollo en la vida familiar, su accionar y pensamiento socio afectivo, la salud, ciertas circunstancias de la vida laboral e inclusive algunas situaciones conflictivas que puedan atravesarse a través de su desempeño en cualquier otro campo. Aquí se hace referencia, precisamente, al derecho que tiene todo sujeto de guardar reserva o secreto sobre este tipo de situaciones.

En resumen, *"se podría afirmar que la intimidad es un ámbito de la vida de cada persona que solo le pertenece a esta y que queda excluida del conocimiento de los demás⁵⁷".*

⁵⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo (1979). "Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos." Primera edición. México. Siglo Veintiuno Editores, p. 47.

⁵⁷ Ver SÁENZ MEDERAS, *op. cit.*, p 109.

Ahora que tenemos claro este concepto, es trascendental determinar quiénes ostentan este derecho. En principio, los titulares de este derecho resultan ser todos los sujetos en su contexto individual.

Pero específicamente, al tratar el secreto bancario, debemos tener en cuenta que éste se encarga de tutelar de manera particular la intimidad respecto a las transacciones económicas que realiza un individuo a través de la utilización de una entidad dedicada a la intermediación financiera, y no opera respecto a otro tipo de transacciones.

2- Bienestar del sistema financiero

La SUGEF *"...explica que su deber de silencio no sólo persigue tutelar un interés privado (el de los clientes que han dado información al Banco), sino que también, tiene en mente proteger al interés general, por la confianza pública en que se sustenta el sistema financiero..."*⁵⁸

Las tesis al respecto son contrarias, pues algunos autores argumentan que el interés general se tutela más bien mediante la transparencia de las entidades financieras; pese a ello, la sustancia del secreto bancario va en función de garantizar la salud del sistema financiero, es decir, que existe un interés público envuelto aquí.

Si se publicita toda la información referente a las entidades financieras, puede ocurrir una inestabilidad del sistema financiero en general, y como consecuencia inmediata un debilitamiento en la economía.

Siendo esto un tema de trascendencia económica, debe tenerse en claro, como se mencionaba anteriormente, que el buen desempeño económico compete directamente al Estado y, por ende, la regulación del secreto bancario, resulta no solo una necesidad en el ámbito de la intimidad individual, sino que

⁵⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:49 11-07-2003). "Voto N°6908-03". San José, Costa Rica.

es un elemento importante para la colectividad, pues garantiza el buen desempeño no solo del sistema financiero, sino de la economía.

D- Actividades e información protegida mediante el secreto bancario

Como vimos en apartados anteriores, de manera genérica, la intermediación financiera es la actividad que se encuentra resguardada a partir de la aplicación del secreto bancario. Pese a estas aseveraciones, debe mencionarse que el secreto bancario es un instituto de mayor magnitud, y no está supeditado en concreto a la intermediación financiera, sino también a operaciones accesorias, relativas al quehacer financiero, las cuales envuelven datos confidenciales sobre los clientes de tales entidades.

De este modo, se hará la siguiente clasificación:

1- Actos preparatorios: constitución de contratos bancarios y financieros

Como se analizará posteriormente⁵⁹ más a fondo, la constitución de cualquier contrato pactado entre el cliente y la entidad financiera conlleva una serie de actos precontractuales, que podrían constituir información confidencial del cliente. Así, por ejemplo, si un sujeto se apersona a solicitar un crédito a una institución de esta naturaleza, previo a la constitución de éste, por razones prácticas podría aportar información personal, e inclusive el motivo mismo de su solicitud puede ostentar tal carácter.

2- Operaciones pasivas

Dentro de este grupo encontramos todo tipo de transacción dirigida a captar dinero por parte de la entidad, a fin de atender la actividad que realiza. Se pueden citar como ejemplo todo tipo de depósitos de ahorros, ahorro a plazo fijo, depósitos en cuentas corrientes, así como la captación a través de las transacciones en las bolsas de valores, además de la obtención de créditos

⁵⁹ Véase infra p. 109.

otorgados por parte del Banco Central de Costa Rica y créditos internacionales y distintos tipos de cobros entre otros.

3- Operaciones activas

Estas consisten en la colocación del capital obtenido a través de las operaciones pasivas, dentro del mercado financiero, en busca de obtener utilidades, ya sea mediante la colocación de créditos, títulos valores en los puestos de bolsa u otro tipo de transacción que busque la obtención de utilidades dentro del mercado.

4- Operaciones accesorias

Prestamos especial atención a este tipo de operaciones, que básicamente se refiere a operaciones utilizadas como actividad suplementaria⁶⁰ a la intermediación financiera. Estas operaciones involucran un amplio número de transacciones muchas de ellas son actividades realizadas a través de la banca internacional, esencialmente mediante operaciones cambiarias. También, podemos citar todos los servicios de banca electrónica, que son aquellos realizados a partir de medios electrónicos a los que pueden tener acceso los clientes para realizar diferentes tipos de transacciones, así como cajeros automáticos, tarjetas de débito y crédito, transacciones vía internet y otros. Además, citamos los servicios accesorios, que son todos aquellos que no van dirigidos a la captación y colocación de capitales, tales como el alquiler de cajas de seguridad, custodia de valores, pago de planillas, pago automático de servicios públicos, entre otros. Y, finalmente, mencionamos los servicios mixtos o integrados, los cuales mezclan diversos servicios a fin de facilitarle al cliente muchas de sus actividades, así por ejemplo, a través de la tarjeta de crédito, pueden hacerse pagos automáticos de servicios tales como electricidad, agua, telefonía y otros.

⁶⁰ Véase ESCOTO LEIVA, Roxana (2007). "Banca Comercial". Editorial Universidad Estatal a Distancia.

5- Otras informaciones recibidas

Además de la información referente a las transacciones realizadas dentro del sistema bancario, el deber de confidencialidad es aplicable a todo tipo de información de índole privado recibido por las diferentes entidades, ya sea en función de la constitución de seguros de vida, garantías prendarias, hipotecarias, datos personales y otros que tienen relación directa con el accionar habitual de los sujetos que detentan el derecho dentro del deber de reserva financiera.

Al finalizar este tema, es necesario hacer énfasis en que nuestro objetivo consiste en determinar que el secreto bancario no solo se ocupa de ofrecer tutela en cuanto a las operaciones de captación y colocación de capital efectuado por las instituciones financieras, sino que también todo tipo de información relacionada, dentro del contexto financiero se encuentra bajo esta protección. Es decir, que datos como direcciones, teléfonos, valores protegidos en cajas de seguridad, información acerca de fondos de pensiones y muchas más forman parte de la información que las entidades financieras conocen y deben tratar con el sigilo correspondiente.

En tenor de lo expuesto, y siendo que el ordenamiento no es expreso respecto a gran parte de esta información -sino que más bien establece un deber de guardar el secreto bancario de manera genérica- establecemos entonces que existe una necesidad latente de que nuestro ordenamiento vaya en ascenso respecto a su normativa. En palabras más simples, si el número de servicios e información financieros va en aumento, es importante una modernización del mismo sentido por parte de nuestra legislación, que logre garantizar una mejor comprensión de ésta, y que siga manteniendo el ambiente de solidez y confianza que requieren los clientes.

Para finalizar, luego de tomar en cuenta todas las observaciones hechas sobre el secreto bancario, aportaremos nuestras propias consideraciones al respecto, concibiendo al secreto bancario o deber de reserva o confidencialidad

financiera como la obligación impuesta a las entidades públicas o privadas dedicadas a ofrecer servicios contemplados dentro de la intermediación financiera o actividades conexas, así como a las demás personas físicas o jurídicas que tenga relación con las primeras a fin de llevar a cabo tareas de supervisión o desarrollo de la actividad, de no revelar a terceros los datos referentes a sus clientes obtenidos a través del ejercicio profesional de la actividad que los vincula. Es en conclusión el deber de silencio con respecto a los hechos que vinculan a los clientes con las diferentes instituciones financieras con las que mantienen relaciones comerciales, además de considerarse una obligación profesional de no revelar datos lleguen a conocer a través del desempeño de la actividad a la cual se dedican.

Luego de las reflexiones estimadas, se procederá analizar el marco legal, y, además, a analizar la contrapartida de este instituto, que es constituida a través del derecho a la información.

Capítulo II

Tutela normativa del secreto bancario

El secreto bancario resulta ser un instituto jurídico de amplio alcance, el cual forma parte de un conglomerado de mecanismos jurídicos que constituyen un sector de la intermediación financiera, tal y como hemos enfatizado, y al establecer la ley que la intermediación financiera es una actividad que debe ser reglada por el Estado, esto significa a su vez que, en igual sentido, el secreto bancario debe ser parte de dicho interés estatal.

El secreto bancario, al ser no solo un elemento importante dentro de la intermediación financiera, sino que por sí mismo constituye un elemento fundamental dentro de todo el sistema financiero nacional e internacional, se reafirma entonces que existe un deber por parte del Estado de establecer preceptos claros y concisos que definan cuál debe ser el comportamiento de las entidades financieras, del público en general y del gobierno en función de la correcta aplicación del deber de reserva bancaria.

En realidad, existe normativa que tutela la aplicación del secreto bancario en nuestro país; sin embargo, una de sus deficiencias radica en la variedad de cuerpos normativos que involucran preceptos dedicados a tal fin. Será evidente que nuestra labor en este apartado, es lograr una noción general sobre la regulación que consta en nuestras leyes; sin embargo, sería insubstancial hacer un compilado normativo de la totalidad de ella. Por esto, nuestro cometido será identificar la existencia de dicha normativa, tanto a nivel nacional como internacional, con el fin de demostrar que el secreto bancario encuentra una tutela normativa, pero con base en sus deficiencias debemos afirmar la necesidad de que esta herramienta precisa una fundamentación legal más específica.

Con respecto a nuestra legislación, puede centrarse la atención en la Constitución Política, la cual constituye el pilar fundamental de nuestras aseveraciones acerca del derecho a la intimidad. Pese a ello, debemos tener en

consideración que no es directamente la que instituye el secreto bancario de manera específica, pues dicha labor fue realizada por el legislador de una manera intrínseca en diversa normativa. En primer orden, citamos en el artículo 615 del Código de Comercio, el cual estipula:

"Las cuentas corrientes bancarias son inviolables, y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Auditoría General de Banco. Queda prohibida la revisión de cuentas corrientes por las autoridades fiscales⁶¹"

Este artículo indica la presencia del secreto bancario dentro del bloque legal de nuestro país; sin embargo, resulta deficiente este precepto en tanto a que se refiere de manera exclusiva a las cuentas corrientes. Asimismo, debe dejarse en claro que la tutela del secreto bancario es de orden legal y no constitucional como tal, pues si bien es cierto nuestra Constitución Política establece el derecho a la intimidad, no señala de manera específica al secreto bancario como mecanismo de protección de las transacciones financieras. Pese a esto, es también importante complementar que el secreto bancario tiene un efectivo carácter legal, pues el Código de Comercio así lo señala, con la carencia antes citada.

Para tener mejor entendimiento, según este artículo, solo se protegen en primera instancia la figura de las cuentas corrientes, definidas así en el Código de Comercio:

"Artículo 612.- La cuenta corriente bancaria es un contrato por medio del cual un Banco recibe de una persona dinero u otros valores acreditables de inmediato en calidad de depósito o le otorga un crédito para girar contra él, de acuerdo con las disposiciones contenidas en este Capítulo. Los giros contra los

⁶¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (1991). *"Código de Comercio"*. Octava edición. San José, Costa Rica. Editorial Porvenir, art. 615.

fondos en cuenta corriente bancaria se harán exclusivamente por medio de cheques, sin perjuicio de las notas de cargo que el depositario emita, cuando para ello estuviere autorizado.⁶²”

Viendo dicha deficiencia normativa, es factible preguntarse, entonces, si las cuentas corrientes están protegidas por el secreto bancario, a través de lo instaurado en la normativa del Código de Comercio, y cuáles serían los criterios a seguir con respecto a las demás transacciones realizadas a través de una entidad financiera, ya sean movimientos en cuentas de ahorro, certificados de depósito a plazo, constitución de créditos, hipotecas, pago de servicios públicos, certificados de inversión hipotecaria, pago con tarjetas de débito y crédito, movimientos de cajeros automáticos, datos personales facilitados al banco, movimientos en cajas y plataformas de servicios en general, y muchos otros servicios que ofrecen las entidades financieras.

Dado el cuestionamiento, podría sugerirse a priori que los demás movimientos se encuentran lejos de cualquier protección ante la búsqueda de información, pero lejos de ser así debemos tener en cuenta que el secreto bancario comprende mucho más allá de lo regulado a través de la normativa mercantil.

Para dilucidar el tema, plantearemos el examen a través de los siguientes aspectos:

1. En principio, el secreto bancario se limita a las cuentas corrientes, tal y como lo estima el artículo 615 del Código de Comercio.
2. Pese a lo anterior, todo tipo de documentos e información, ya sea suministrada a la entidad financiera, aunque sea en razón de alguna operación bancaria, ostenta una naturaleza privada, por lo tanto deberá regirse “...por el principio de inviolabilidad de los documentos

⁶² REPÚBLICA DE COSTA RICA (1991). “Código de Comercio”. Octava edición. San José, Costa Rica. Editorial Porvenir, art. 612.

privados contemplado en el artículo 24 de la Carta Política...⁶³ ". Dicha aplicación ha sido sustentada por la Sala Constitucional, explicando que existe una tutela genérica de la información a través de este principio constitucional.⁶⁴

Esto quiere decir, que el deber de reserva existente por parte de las entidades financieras no se limita a las cuentas corrientes, sino que toda información que se maneje producto de la actividad bancaria, goza de una protección especial, pues tiene un carácter privado, es decir, que no puede ser publicitada por el banco. Esto significa que cualquier institución dedicada a la intermediación financiera deberá abstenerse de hacer públicos los datos privados, o bien de ceder ante la simple curiosidad de terceros en la búsqueda de información sensible referente a sus clientes; lo cual quiere decir que *"se le impone a los bancos el deber de guardar secreto sobre los datos que conozcan de sus clientes, sin diferenciar el tipo de operación que se trate."⁶⁵*

Cuando se habla de este deber, deben contemplarse datos personales, información contable, balances económicos, transacciones efectuadas, y todo tipo de documento e información que esté en manos de la entidad y que verse sobre un cliente en función de la actividad bancaria.

Dado este análisis, puede afirmarse con certeza la existencia del secreto bancario en nuestra legislación; sin embargo, como pudimos observar, esto implica realizar una integración entre nuestras leyes y la interpretación de preceptos de rango constitucional, lo cual podría significar discusiones y tesis contrapuestas.

Hay que sumarle a esto que el análisis realizado indica que la información otorgada en función de transacciones financieras ostenta un interés privado, y precisamente esta definición se contrapone al interés público, siendo

⁶³ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1994). "*Dictamen 148 del 12-09-1994*". San José, Costa Rica.

⁶⁴ Ver en ese sentido. "*Voto N°5376-94*". (11:45 16-09-1994.) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

⁶⁵ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1994). "*Dictamen 148 del 12-09-1994*". San José, Costa Rica.

ambos conceptos jurídicos indeterminados, por lo tanto la sola aplicación de la ley sería insuficiente si se trata de dirimir un conflicto referente a si cierta información puede o no ser revelada por una entidad financiera. Dicha discusión será planteada más adelante en el desarrollo de este proyecto, pues lo ahora relevante resulta señalar que la normativa, si bien es cierto, luego de una integración, logra establecer un amparo legítimo del secreto bancario, también podemos afirmar que resulta ser un concepto disperso en nuestra legislación y carente de una tutela explícita.

Es aquí donde se hace una pausa para analizar una primer inconsistencia en la tutela del secreto bancario; sin embargo, puede considerarse que el ordenamiento no es limitado en cuanto a su extensión en este tema y siguiendo adelante con este análisis, y al estudiar el ordenamiento encontramos énfasis en esta protección en otros preceptos, específicamente en el artículo 14 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, se establece:

"...El Banco está obligado a guardar la confidencialidad de la información individual que le suministren las personas físicas y jurídicas."⁶⁶

Este artículo trae a colación el término información individual, lo cual enmarca una esfera de protección específica a los datos que se proporcionen a una entidad financiera, pero aún así resulta sobresaliente el hecho de que esta normativa es explícitamente referida al Banco Central de Costa Rica.

Se conoce que en Costa Rica existe un gran número de entidades dedicadas a la intermediación financiera, mismas que manejan además de capitales e inversiones, datos confidenciales que deben ser protegidos, en virtud de otorgar una atmósfera de seguridad de información para cada uno de los clientes.

⁶⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*. Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.14.

Consecuentemente, si se estudia con más ahínco la normativa, determinamos que existen otras leyes dirigidas a regular el manejo de esta información, pues se establecen prohibiciones y procedimientos a seguir para la administración de estos datos. Así esgrima el artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica:

"Queda prohibido al Superintendente, al Intendente, a los miembros del Consejo Directivo, a los empleados, asesores y a cualquier otra persona, física o jurídica, que preste servicios a la Superintendencia en la regularización o fiscalización de las entidades financieras, dar a conocer información relacionada con los documentos, informes u operaciones de las entidades fiscalizadas. La violación de esta prohibición será sancionada según lo dispuesto en el artículo 203 del Código Penal.⁶⁷"

Esta última establece una pauta a seguir, por parte de instituciones y funcionarios, dedicados a la fiscalización de entidades financieras, lo cual involucra un amplio número de funcionarios, que pese a no prestar servicios de atención bancaria de manera directa al cliente, si se encuentran relacionados con la función bancaria.

Véase aquí como esta prohibición es de acatamiento obligatorio; incluso su no acatamiento es producto de sanción penal.

Por otro lado, el artículo 133 del mismo cuerpo normativo, en su inciso d establece:

"d) Queda prohibido a los funcionarios, empleados y administradores de las entidades fiscalizadas y de la Superintendencia, suministrar a terceros cualquier dato de la información a que se refiere este artículo.⁶⁸"

⁶⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica". Compilado Arias Alpízar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.132.

⁶⁸ *Ibid* art.133.

Como se ha visto hasta el momento, el ordenamiento se encarga de fijar una línea de conducta prudente para las instituciones y funcionarios que tienen acceso a tales informaciones. Siempre hay que considerar que este tipo de información no corresponde únicamente a bancos, sino que en el accionar financiero concurren una serie de entidades fiscalizadoras y de otras índoles, lo cual provoca un movimiento importante de información.

Pero, además de todos los preceptos señalados, existen normas de orden penal, civil, laboral y preceptos de carácter internacionales dirigidos a la regulación del secreto bancario. En este aspecto, debe señalarse que visto lo anterior, se tiene como resultado que además de su imprecisión, la normativa se encuentra dispersa, pues no solo ha sido preciso recurrir hasta el momento a las normas constitucionales y la normativa mercantil, sino a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Además de ello acotamos que, conforme se desarrolle el tema, vamos a topar con otra gran cantidad de preceptos, lo cual indica que la legislación, pese a regular el secreto bancario en ciertos aspectos, se encuentra dispersa, lo cual hace la labor de los juzgadores más difícil en caso de conflicto. Pero más preocupante es el hecho de que los funcionarios bancarios deben aplicar dicha normativa ante una eventual petición de información, y esta dispersión normativa puede inducirlos al error.

Toda esta situación es solo el preámbulo de los conflictos que pueden surgir a partir de la aplicación del secreto bancario, cuando se enfrente a la atribución de buscar información, ya que en nuestro país ha sido recurrente el hecho de que dichos conflictos han debido ser repetidamente resueltos por nuestros órganos jurisdiccionales, siempre producto de la imprecisión y la falta de un bloque normativo compacto.

Capítulo III

Principios del Comité de Supervisión Bancaria de Basilea: aplicación al instituto del secreto bancario en Costa Rica

Si se trasciende nuestras fronteras, se circunscribe dentro de este examen la aplicación de normas de Derecho surgidas a través de organismos internacionales. En tenor de lo expuesto, se hace referencia al Comité de Basilea, el cual es un organismo internacional compuesto por autoridades de supervisión bancaria, creada en principio por un grupo de diez países en 1974, con el fin de integrar un foro dedicado a la discusión de aspectos relacionados con la supervisión bancaria, buscando emitir criterios que dicten los parámetros necesarios para regular esta actividad. Pese a que las políticas dictadas por esta organización no ostentan un carácter coercitivo⁶⁹, los cánones expuestos por ésta han sido punto de referencia en cuanto a las estrategias que deben adoptar los diferentes países con respecto al accionar bancario. Sus criterios versan sobre diferentes temas, tales como los riesgos bancarios, la prevención en cuanto a los usos delictivos del sistema bancario, los conflictos bursátiles y muchos otros. La labor de este organismo gira en torno a dos objetivos generales: *"uno a largo plazo y consiste en velar porque ninguna actividad bancaria internacional se escape de la supervisión; y el segundo a mediano plazo es buscar mejorar la calidad de los parámetros de Supervisión Bancaria a nivel mundial..."*⁷⁰. Todo esto en búsqueda de un objetivo específico que resulta en procurar una fiscalización bancaria efectiva que reduzca el riesgo bancario, y el riesgo para el mercado financiero en general.

El Comité de Basilea se encuentra conformado por el Grupo de los Diez (G-10), grupo conformado por los miembros más poderosos del Fondo Monetario Internacional, aunque actualmente el número de países miembros ha ido en incremento, los cuales buscan el establecimiento de criterios para la supervisión bancaria.

⁶⁹ Dentro de estas políticas pueden citarse Los principios básicos para una supervisión bancaria eficaz y los Acuerdos de Capital de Basilea, entre otros.

⁷⁰ BOLAÑOS BELLIDO, M y QUESADA FLORES, M (2003) *"Los criterios del Comité de Basilea y su aplicación en la legislación bancaria costarricense"*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p. 13.

Previo a comentar la importancia de estos criterios, debe considerarse que sus criterios no constituyen un instrumento con fuerza coercitiva; sin embargo, al ser una agrupación conformada por diversos Estados, y tener una estructura bien definida, se constituye como un ente de Derecho Internacional⁷¹, el cual se ha ido desarrollando como una organización de gran trascendencia a nivel mundial.

Así las cosas, pese a carecer de fuerza coactiva, los principios establecidos por este comité, pueden ser considerados como normas de Derecho Internacional Público, en tanto que provienen de una organización voluntaria de Estados y son criterios que han trascendido a nivel mundial, que buscan la tutela de intereses generales de la colectividad.

En vista de lo anterior, el Estado costarricense puede legitimar la totalidad o parte de estos criterios mediante la implementación normativa, ya que dichos lineamientos del Comité, son de carácter consultivo, y funcionan como una herramienta que marca el camino a seguir por parte del órgano legislativo en cuanto a la fijación de nueva normativa.

Por ejemplo, la SUGEF tiene la facultad de emitir pronunciamientos, dirigidos a desarrollar la fiscalización y vigilancia, dentro de los cuales puede tratar el tema basado en los criterios del Comité de Basilea.

En cuanto al nivel de injerencia que tiene este órgano consultivo, se aporta como ejemplo un caso de actualidad nacional en la palestra, pues actualmente se encuentra un proyecto de ley, que se tramita mediante el expediente número 16.008, que consta en el archivo de la Asamblea Legislativa, dirigido a implantar una serie de reformas en la Ley Orgánica del Banco Central y a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, con el fin de aplicar los criterios del último acuerdo de Basilea, referentes a la consolidación de la supervisión bancaria.

⁷¹ Ver BOLAÑOS BELLIDO y QUESADA FLORES, *op.cit.*, p. 35.

Directamente relacionado con el secreto bancario, este proyecto hace referencia a la creación de un nuevo centro de información crediticia, mediante reforma a la Ley Orgánica del Banco Central, como veremos:

"D) Reformánsen los artículos 133, 136, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 152, 153, 155, 157 y 158 para que se lean de la siguiente forma:

[...]

"Artículo 133.- Centro de Información Crediticia. La Superintendencia tendrá un centro de información crediticia, el cual tendrá a disposición de las entidades supervisadas información sobre la situación crediticia y atención de las obligaciones de los deudores del Sistema Financiero...

...La Superintendencia y las entidades supervisadas deberán establecer las medidas internas que sean necesarias para salvaguardar la confidencialidad de la información a que se refiere este artículo. Las entidades supervisadas serán responsables por la fidelidad de los datos reportados, así como por el adecuado uso de la información recibida.

La entidad supervisada entregará copia al solicitante de crédito o al deudor de la información recibida por la Superintendencia para que este pueda revisar la veracidad de los datos suministrados. En caso de que estos no reflejen la situación real de sus obligaciones, podrá dirigirse a la entidad que suministró la información errónea o incompleta al Centro de Información Crediticia a fin de que esta aclare la situación, en un plazo no mayor a tres días hábiles, la situación ante el Centro.

Queda prohibido a los funcionarios, empleados y administradores de las entidades fiscalizadas y de la Superintendencia, suministrar a terceros cualquier dato de la información a que se refiere este artículo. Quien violare la prohibición anterior o los funcionarios, empleados y administradores que dolosamente alteren, registren o brinden información falsa o que no conste en los registros de la Superintendencia, serán sancionados con una pena de prisión de tres a seis años, sin perjuicio de la responsabilidad penal establecida anteriormente, el funcionario, empleado o administrador que infrinja lo señalado en este artículo será destituido de su cargo, sin responsabilidad patronal.⁷² (Resaltado no es del original)

De este artículo se rescata que lo que se busca es una mayor transparencia por parte de las entidades fiscalizadas ante la SUGEF, sobretodo porque este ente no puede tener información detallada sobre las transacciones realizadas en las entidades que regulan, y se busca a través de esta reforma un conocimiento más minucioso acerca de la actividad que realizan. Pero más importante aún es recalcar que la norma es clara en el sentido de que toda esta corriente informativa es protegida por la confidencialidad, de manera que el uso que se le otorgue a estos datos debe ser escrupuloso, e inclusive, se refleja un efecto punitivo incorporado dentro de la misma norma, a fin de dar un mejor soporte sancionatorio en caso de que se violente el secreto bancario. Posteriormente se tratará sobre ciertos aspectos relevantes referentes a la posible aprobación de esta normativa en nuestro país y sus implicaciones directas con el secreto bancario.

Toda esta política de transparencia y consolidación en la supervisión bancaria es parte de las consideraciones del Comité de Basilea. Al respecto, vamos hacer referencia a la política de confidencialidad reflejada dentro de toda esta normativa consultiva emitida por el Comité, en función de preservar el

⁷² República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). *Reformas de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica y a la Ley orgánica del sistema bancario nacional*. Expediente 16 008. Proyecto de Ley.

secreto bancario en virtud de los datos que sean tratados a través del flujo informativo interinstitucional. Veamos entonces que el primero de los principios del Comité de Basilea tiene íntima relación con el secreto bancario:

1. *"Principio 1 – Objetivos, independencia, potestades, transparencia y cooperación: todo sistema eficaz de supervisión bancaria debe contar con atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de los bancos. Cada una de ellas deberá contar con independencia operativa, procesos transparentes, un buen gobierno corporativo y recursos adecuados, y deberá hacerse responsable del desempeño de sus funciones. También ha de existir un marco jurídico apropiado para la supervisión bancaria, con normas relativas a la autorización de las instituciones bancarias y a su supervisión continua, potestades para asegurar el cumplimiento de la ley así como la seguridad y solidez, y protección legal para los supervisores. Debe haber mecanismos para el intercambio de información entre los supervisores que permitan preservar el carácter confidencial de la misma."⁷³*

Con respecto a este principio, es importante analizar los siguientes aspectos resultantes de su lectura. El ordenamiento jurídico nacional cumple efectivamente con los criterios de independencia operativa y la creación de un marco jurídico que regule la actividad de las entidades de supervisión bancaria. También, que pese a la transparencia que debe existir, prevalece el carácter confidencial de la información obtenida a través del intercambio entre los entes supervisores. Al indicar que deben existir mecanismos que protejan la confidencialidad, nos referimos al secreto bancario, siempre recordando que este carece de ciertos factores que garanticen su correcta aplicación, dentro del sistema financiero nacional; sin embargo, hacemos perseverante nuestra afirmación de que es una institución presente dentro de este.

⁷³ Ver anexo 1.

Nótese que este principio hace un llamado a la transparencia interinstitucional, pero a la vez alega que deben tomarse medidas para garantizar la restricción de la información recibida, es decir, que hace una integración de ambas potestades, pues arguye que los entes supervisores deben tener acceso a los datos, pero en su redacción se denota que debe ser un derecho con restricciones, es decir que no puede publicarse dicha información para fines ajenos a la supervisión.

En posteriores apartados se hará referencia a estos principios, pues según previa explicación queda claro que no tienen un carácter de ley, pero su trascendencia internacional ha logrado imponer al Comité de Basilea como un organismo de primer orden en lo que a regulación bancaria se refiere.

Capítulo IV

Responsabilidad derivada de la violación al secreto bancario

La Sala Constitucional conceptualiza: *"En este sentido, el secreto bancario, entendido genéricamente como deber impuesto a las entidades financieras de no revelar informaciones que posean de sus clientes y las operaciones o negocios que realicen con ellos, constituye una de las manifestaciones del derecho a la intimidad y a la vida privada. Por lo que los documentos e informaciones que un cliente haya proporcionado a un banco y las operaciones o negocios que haya pactado con él, se encuentran protegidos por la tutela genérica a los documentos e informaciones privadas y por el secreto bancario⁷⁴"*, posición de la cual podemos deducir un deber de protección de la Intimidad, el cual debe ser acatado. De estas aserciones podemos derivar una responsabilidad propia de los sujetos obligados a cumplir con esta prohibición de revelar información.

A medida que se estudia el secreto bancario, se visualiza que se configura no solo como un elemento que procura el bienestar de un individuo que recibe un servicio, sino como una obligación para el sujeto que otorga la prestación en razón de su función laboral. Al estar entonces frente a una obligación para uno de los sujetos de la relación establecida -en este caso el funcionario bancario en relación a su deber de mantener el secreto sobre los datos recibidos por el cliente- tenemos a su vez una responsabilidad que deriva de la violación de este deber.

El tema será abordado a través de la división de la responsabilidad civil de la penal, no sin olvidar que cuando se comete una falta, puede existir normativa paralela, sea de corte administrativa o laboral, que establezca sanciones, para los trabajadores que incumplen con esta legislación.

Un ejemplo de esto se tiene en el artículo 81 del Código de Trabajo, que *faculta al patrono para dar por terminado el contrato laboral en aquellos casos*

⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:45 16-09-1994). *"Voto N°5376-94"*. San José, Costa Rica.

en que un trabajador revele secretos obtenidos a través del cumplimiento de su labor.

"Son causas justas que facultan al patrono para dar por terminado el contrato de trabajo:...

e) Cuando el trabajador revele los secretos a que alude el inciso g) del artículo 71;...⁷⁵"

En principio, hace referencia a responsabilidad, como un efecto de la violación del secreto bancario; por lo tanto, estamos tratando acerca de mecanismos jurídicos punitivos, y también dirigidos a resarcir el daño, ante una eventual transgresión a la reserva financiera.

La atención será centrada en explorar el campo de acción de estos mecanismos, y explicar ciertos hechos configuradores del quebranto al secreto bancario.

A- Responsabilidad penal

Al hablar del secreto bancario, hay que tener presente que la eventual aplicación de un método jurídico de carácter punitivo a través de instrumentos de Derecho penal implica muchas veces la presencia de delitos. La teoría del delito nos lo refiere como acción, típica, antijurídica y culpable. Las siguientes ideas resultan ser un esbozo breve acerca de la teoría del delito, que serán tratadas solo en función de integrar un preludio que logre formar un panorama más sencillo para los elementos a considerar más adelante.

La mencionada teoría del delito, en el primero de los componentes, se refiere a la acción, la cual deviene para estos efectos de un hecho humano, siendo estos últimos los que nos resultarán trascendentes, tomando en cuenta aquí que tales hechos pueden derivarse tanto de una conducta activa o de una conducta de omisión, que puede involucrar la voluntad del sujeto o puede ser

⁷⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2006). *"Código de Trabajo"*. Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 81.

involuntaria. Entonces, hay que tener presente que la violación del secreto bancario puede ser producto de un hecho voluntario, lo que implica que la acción que infringe este instituto va dirigida a una finalidad específica por parte del sujeto que lo realiza, o bien puede ser involuntaria. Entonces podría ocurrir que un hecho lesione la confidencialidad bancaria de un sujeto a raíz de una acción dirigida a ello, o puede ocurrir como producto de una omisión por parte del funcionario en cuestión, desatención que puede ocurrir por no aplicar todos los mecanismos de seguridad planteados para resguardar de manera efectiva la información que maneja. En resumen, la inexistencia de un hecho⁷⁶ haría saber que no existe el delito, el cual para ser considerado como delito debe ser realizado, específicamente a través de una conducta humana.

Se resalta entonces que la acción involucra muchas variables externas al sujeto; pese a ello, lo pertinente en esta investigación es estudiar los efectos penales del secreto bancario, y por ende señalar como eje central la presencia de la acción como elemento configurador del delito.

Continuando, otro de los elementos a señalar es la tipicidad. Raúl Zaffaroni señala que la "tipicidad es la adecuación de la conducta a un tipo"⁷⁷, lo cual quiere decir que una conducta será constituyente de delito únicamente, si su ejecución se encuentra descrita como tal en el derecho positivo. Así, podríamos explicar que una conducta que podría parecer contraria a la ética general, no constituirá delito si no existe un tipo penal que la tipifique como tal. En igual sentido, hay que señalar que existe en todo delito un sujeto activo, que es aquel que ejecuta la acción y un sujeto pasivo, que es aquel cuyos derechos se ven lesionados a raíz de la comisión del delito.

Es importante mencionar que el secreto bancario es un instituto que ofrece protección a la intimidad sobre los movimientos bancarios en general. Así lo cita la Sala Constitucional: "En general toda la actividad bancaria que

⁷⁶ Que puede ocurrir a través de una acción u omisión.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1987). "Manual de derecho penal". Quinta Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar, p. 393.

involucre contratos, solicitudes y cualquier otro tipo de relación con particulares -como clientes-, está, por su naturaleza, amparada al secreto bancario⁷⁸". Pero lo trascendental del caso no es solo destacar la presencia del secreto bancario dentro de la realidad financiera del país, sino analizar la cobertura que la rama penal del Derecho otorga en aquellos supuestos en que este mecanismo no se cumple a cabalidad.

Como parte de este estudio, se hace mención de lo estipulado en el Código Penal:

*"Divulgación de Secretos. Artículo 203.- Será reprimido con prisión de un mes a un año o de treinta a cien días multa, el que teniendo noticias **por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte**, de un secreto cuya **divulgación pueda causar daño**, lo revele sin justa causa.*

Si se tratare de un funcionario público o un profesional se impondrá, además inhabilitación para el ejercicio de cargos y oficios públicos, o de profesiones titulares, de seis meses a dos años.⁷⁹" (Resaltado no es del original)

Ante un eventual estudio de tipicidad legal, debe recalcarse el hecho de que una conducta típica sería únicamente si el profesional en cuestión se entera de un hecho, que constituye un secreto y si es por motivo de su práctica profesional. Es decir, que no toda información constituye precisamente un secreto, y que además, un individuo, debe guardar sigilo, en tanto la información provenga por motivo de ofrecer sus servicios profesionales. Importante, además, es observar como el ordenamiento impone una sanción de inhabilitación, en caso especial, de que quien delinque sea un sujeto específico, tal y como se denota en la norma.

⁷⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (10:45 28-02-1992.). "Voto N°578-92". San José, Costa Rica.

⁷⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código penal". Décimo sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 203.

Además, se resalta que la acción aquí involucrada es la de divulgar un secreto, siempre que no exista una justa causa, y que exista la posibilidad de un eventual daño, debido a la comisión de tal acción, es decir, que para que se cumpla el tipo penal, debe existir esta posibilidad. En caso de la violación del secreto bancario, el daño puede ocasionarse a través de dos bienes jurídicos, ya sea el de la intimidad o el interés público que tutela el bienestar del sistema financiero.

Este mismo artículo se encuentra referido en el ya citado artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica⁸⁰; pero este último constituye un tipo penal aún más específico, en tanto implica sanción a funcionarios específicos, siendo estos el Superintendente, el Intendente, los miembros del Consejo Directivo, los empleados, asesores y a cualquier otra persona, física o jurídica que preste servicios a la superintendencia en la regularización o fiscalización de las entidades financieras así, que se configura como un tipo especial, lo cual quiere decir que este tipo puede cumplirse únicamente si la violación a la prohibición la realizan los individuos que ostenten los cargos mencionados en el citado artículo. Esto se refiere aquí a un sujeto activo que debe tener ciertas características específicas para que la conducta encuadre en el tipo penal.

Evidentemente, un estudio de tipicidad podría realizarse con una mayor profundidad; sin embargo, lo importante aquí es hacer notorio el hecho, de que el derecho penal costarricense contiene normas que establecen sanciones ante la violación de la intimidad, aplicables, a su vez, en caso de afectación a la intimidad bancaria.

Debe saberse que en presencia de un hecho de esta naturaleza debe existir un nexo causal entre la conducta realizada y el resultado que se produce. Además, al momento de realizar el estudio de tipicidad han de tenerse en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Así pues, el tipo penal

⁸⁰ Véase supra p. 63.

describe una serie de elementos objetivos que deben encuadrar con la conducta realizada, y en igual sentido podemos ubicar los elementos subjetivos que involucran el dolo y la culpa. En el artículo 203 del Código Penal, lo existente dentro del aspecto subjetivo de este delito es el elemento del dolo. Esto quiere decir que se está en presencia de un tipo doloso, y existe una exclusión de la culpa. Véase que en otros casos, se constituyen tipos tanto dolosos como culposos; por ejemplo, podemos ver que la ley que regula registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones establece dos sanciones en sus artículos 24 y 25, sanciones tanto por dolo como por culpa.

"Artículo 24.- Sanciones por dolo

Se reprimirá, con prisión de uno a tres años, al juez y al funcionario policial o del ministerio público, que divulgue o utilice la información recabada mediante el secuestro de documentos o la intervención de comunicaciones, con un propósito diferente del establecido en la orden.

Con igual pena, se reprimirá al funcionario que no observe las formalidades ni los requisitos prescritos en esta ley, al ordenar o practicar un secuestro, un examen, un registro de documentos o una intervención de comunicaciones.⁸¹ "

"Artículo 25.- Sanciones por culpa

Se reprimirá, con prisión de seis meses a dos años, al juez o al funcionario policial o del ministerio público que, por culpa, divulgue o permita que se divulgue información obtenida mediante el secuestro de documentos o la intervención de las comunicaciones.⁸² "

Se analiza aquí estos artículos, en función de que las informaciones obtenidas pueden corresponder a datos financieros de un sujeto, lo cual resulta

⁸¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). "Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 24.

⁸² Ibid., art. 25.

homogéneo en cierta medida de nuestro estudio, y de manera más general, son sanciones dedicadas a punir una violación a la intimidad de las personas.

También es importante señalar que el análisis de tipicidad resulta ser importante, en tanto este define cuál es el delito que se perpetró, y cuál sería la eventual sanción que recibiría aquel que lo cometió.

Así, por ejemplo, si un funcionario bancario que sustraiga correspondencia, escrita o bien que utilice medios electrónicos para desviar informaciones, eventualmente sería sancionado por cualquiera de los artículos contenidos en el Título VI del Código Penal de Delitos contra el ámbito de la intimidad. Esto dependiendo de cuáles fueron los hechos cometidos y sus circunstancias, para definir y encuadrar la conducta con el tipo penal adecuado.

Es preciso decir aquí que un tipo doloso puede ser activo u omisivo, tal y como vemos en el párrafo primero del artículo 24 de la citada ley, mientras que en su párrafo segundo hace referencia a una inobservancia de procedimientos, por lo que estaríamos más bien frente a una omisión.

En ambos supuestos, la norma se refiere a un tipo doloso, entendiendo el dolo como el querer que la conducta arroje un resultado específico. Por otro lado el numeral 25 anteriormente citado estipula una sanción en aquellos casos en que el resultado sea producto de un hecho culposo, lo cual quiere decir que se viola un deber de cuidado, pues un sujeto, en ciertas circunstancias, debe actuar con la diligencia del caso, y el no actuar con estas medidas establece la culpa como elemento configurador del delito.

Es importante detenerse para enfatizar en que el legislador establece sanción tanto en caso de dolo como en caso de culpa, es decir, que los diferentes funcionarios que tienen acceso a información restringida, según estos dos artículos, además de tener la prohibición de divulgarla, deben tener una conducta diligente, que garantice que la intimidad de las personas no se

vea violentada a raíz de un mal manejo de la información que se obtiene. Claro está, que vemos no solo la función punitiva de la norma, sino una función preventiva, que alerte a aquellas personas que en sus funciones tenga acceso a datos privados de las demás personas.

Pero retomando el artículo 203 del Código Penal, se evidencia la exclusión de la culpa del delito de violación del secreto bancario, por lo cual una parte importante de la tutela de este instituto estaría siendo omitida, en tanto que los funcionarios de las diferentes entidades financieras deben tener una conducta diligente, pues si ocurre un escape en el flujo de información, ya sea por dolo o por culpa, el resultado concluiría siempre con el detrimento en la intimidad o bien con efecto perjudicial para el sistema financiero.

Continuando con la presencia del delito, se logra ver que la acción típica ha de ser antijurídica. *"La antijuridicidad es, pues, el choque de la conducta con el orden jurídico, entendido no sólo como un orden normativo (antinormatividad), sino como un orden normativo y de preceptos permisivos.⁸³"* Esto quiere decir que una conducta que puede ser prohibida por cierta parte del ordenamiento jurídico, puede tener un eximente de responsabilidad o en términos más simples puede existir otro precepto normativo que permita realizar dicha conducta.

Por ejemplo, el artículo 14 de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, establece un deber de confidencialidad por parte del Banco, en caso de que eventualmente esta entidad suministrara cierto tipo de información; sin embargo, podría existir otra norma que lo faculte para realizar dicha acción sin transgredir el ordenamiento. Podría ser una orden de un juez que faculte a este organismo a facilitar documentos que inclusive sean considerados de carácter privado.

⁸³ Ver ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 512.

En este caso, se denota que la ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados, permite en ciertos casos este tipo de procedimiento:

"Artículo 1.- Competencia

Los tribunales de justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento...⁸⁴"

Esto se conforma como una causa de justificación, que permite en ciertos casos proporcionar este tipo de información, pues prevalece aquí un interés mayor, que es el esclarecer un asunto penal.

Las normas permisivas establecen causas de justificación. Así, pues, tenemos que no siempre una conducta adecuada a un tipo penal, será configuradora de un delito. Las causas de justificación constituyen excepciones que hacen que una supuesta transgresión de la norma jurídica no se antijurídica. Nuestro Código Penal establece una serie de situaciones en las cuales un criterio permisivo permite al sujeto la comisión de una acción que eventualmente encaje en el tipo penal, sin que esta resulte ser antijurídica. El artículo 25 del citado cuerpo normativo establece que el cumplimiento de un deber legal resulta ser una causa de justificación:

"Artículo 25: Cumplimiento de la Ley. No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho."⁸⁵

Por ejemplo, aquel funcionario bancario que revele cierta información, podrá hacerlo sin violentar el ordenamiento, en caso de que su accionar se justifique en una resolución judicial que así lo ordene.

⁸⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). *"Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones"*. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1.

⁸⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código penal"*. Décimo sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 25.

En igual sentido, el artículo 26 del mencionado Código Penal exime de responsabilidad, en aquellos casos en que el derechohabiente permite la lesión a su derecho:

"Artículo 26: Consentimiento del derechohabiente. No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo.⁸⁶"

Esta norma es fácilmente aplicable al secreto profesional en general, en aquellos casos en que el derechohabiente consienta que el profesional revele su información a terceros en búsqueda de su propio beneficio, siempre teniendo en cuenta que quien ostenta el derecho debe estar consciente y comprender en cuales términos otorga su consentimiento. Además, no debe existir ningún tipo de coacción ni error, amenaza o engaño, dirigidos que el sujeto titular del derecho exprese su clara voluntad de renunciar a su derecho. Claro ejemplo de esto puede ser cuando un cliente permite que un profesional en salud, derecho u otro campo se apersona a declarar como testigo a su favor.

Igualmente, un cliente de una entidad financiera o bancaria, puede autorizar a que sus datos personales y sus cuentas sean de conocimiento de terceros, eximiendo de responsabilidad a los funcionarios que realicen el trámite pertinente para que esto ocurra.

En igual sentido, el artículo 27 del Código Penal, establece el estado de necesidad:

"Artículo 27: Estado de necesidad

No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

⁸⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código penal"*. Décimo sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 26.

a) Que el peligro sea actual o inminente;

b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y

c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.⁸⁷ "

También se puede citar aquí la legítima defensa contenida en el artículo 28 del Código Penal, siendo esta última una agresión efectuada con el fin de defenderse o defender a un tercero de otra agresión que si resulta ilegítima, llevada a cabo con una defensa razonable y proporcional.

Este análisis de antijuridicidad deberá ser producto de una integración del ordenamiento jurídico, lo que quiere decir que el citar una norma de carácter sancionatorio no significa considerar como delito una conducta específica, sino que debe tenerse en cuenta la legislación en general, tanto nacional como supranacional y el proceder jurisprudencial que resulte vinculante.

Por último, se encuentra la culpabilidad, en la cual se hace un análisis de reprochabilidad, lo que quiere decir que se estudia si la conducta realizada por el autor es reprochable. Aquí se define si es imputable una persona y responsable del delito, en la comisión del injusto penal. Muchas personas suelen tener una condición de inimputables en función de su edad o estado físico y mental, por ejemplo.

Siendo este un estudio general del delito, lo que interesa es percibir que el secreto bancario, y en general el derecho a la intimidad, no solo expresa en la legislación como una obligación o bien describiendo conductas y señalándolas

⁸⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código penal". Décimo sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 27.

como prohibidas, sino que también establece normas punitivas que establecen sanciones a aquellos que infrinjan estos preceptos.

Por otro lado, debe verse también que la legislación asegura a nivel constitucional el derecho de los individuos de acceder la información, sin embargo, los lineamientos anteriores nos dejan como resultado que esta libertad informativa tiene un límite que debe ser respetado, bajo el entendido de que omitirlo podría acarrear consecuencias sancionatorias.

Este margen entre intimidad y libertad de información puede resultar en un conflicto de ideas al respecto y también resulta ser nuestra problemática central a medida que se desarrolle esta investigación.

Este tema resulta de importancia, sobre todo en la actualidad, donde los bancos estatales y privados y otras instituciones de carácter financiero buscan darle un perfil al desarrollo del tratamiento de la información, pues cuentan con implementos que permiten de manera sencilla y eficaz tener conocimiento sobre la corriente informativa de los sujetos que acceden a la intermediación financiera.

En cuanto a la responsabilidad derivada, debemos decir que el deber de guardar secreto es aplicable en muchas otras instituciones además de las bancarias, donde se maneja información de tipo financiera. Es decir, que el secreto bancario puede ser aplicable a otras instituciones que manejen datos personales referentes al haber patrimonial de los individuos, siempre y cuando la información sea relacionada con los trámites realizados por un individuo que correspondan a transacciones o datos derivados de la intermediación financiera. Así, por ejemplo, la ley constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social establece en su artículo 20:

"Artículo 20.- Habrá un cuerpo de inspectores encargado de velar por el cumplimiento de esta ley y sus reglamentos. Para tal propósito, los

*inspectores tendrán carácter de autoridades, con los deberes y las atribuciones señalados en los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Para los efectos de esta ley, el Director del Departamento de Inspección de la Caja tendrá la facultad de solicitar por escrito, a la Tributación y a cualquier otra oficina pública, la información **contenida en las declaraciones, los informes y los balances y sus anexos sobre salarios, remuneraciones e ingresos, pagados o recibidos por los asegurados, a quienes se les podrá recibir declaración jurada sobre los hechos investigados.***

Las actas que levanten los inspectores y los informes que rindan en el ejercicio de sus funciones y atribuciones, deberán ser motivados y tendrán valor de prueba muy calificada. Podrá prescindirse de dichas actas e informes solo cuando exista prueba que revele su inexactitud, falsedad o parcialidad.

Toda la información referida en este artículo tendrá carácter confidencial; su divulgación a terceros particulares o su mala utilización serán consideradas como falta grave del funcionario responsable y acarrearán, en su contra, las consecuencias administrativas, disciplinarias y judiciales que correspondan, incluida su inmediata separación del cargo.⁸⁸ (Resaltado no es del original)

En el examen de esta norma, se visualiza que aquí se crean inspectores, quienes ostentan facultades suficientes no solo para manejar información personal de los individuos, sino también para solicitar a otras instituciones datos sobre ellos. Se vislumbra de manera clara el contenido financiero de dichos datos. Lo particular de esta norma radica en que además de ser la creadora de la figura del inspector, les otorgan aquí mismo facultades de gran trascendencia e importancia, pues nótese que sus informes son valorados como una prueba muy calificada. Pero si seguimos analizando este artículo, encontramos otra

⁸⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2001). "Ley constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social". San José, Costa Rica. Caja Costarricense del Seguro Social, art. 20.

particularidad, pues vemos que su función, además de ser creadora, resulta prohibitiva y punitiva, pues en su último párrafo establece un carácter confidencial de estas informaciones, y a la vez establece que la violación a este precepto podría acarrear sanciones.

Sirvan estas afirmaciones para recordar que el secreto bancario resulta ser una modalidad del secreto profesional. El presente desarrollo se centra en el secreto bancario, en razón de ser un área sensible de la intimidad personal, sobre todo porque para empleado bancario sería relativamente fácil conocer datos personales de un cliente; inclusive podría determinar a qué hora y en cuales lugares se hace operaciones con tarjetas de crédito y débito, tanto en comercios como en cajeros automáticos. Si se hace una pausa para pensar en esto, se llega a la conclusión de que es factible conocer, inclusive, presuntas acciones y localización de un individuo a través de todos estos medios electrónicos. Entonces, sabemos así que esta información incluye no solo un factor de intimidad patrimonial, sino personal también. En dicho sentido, muchos podrían asumir que el control de la corriente informativa en los bancos debería ser objeto de mayor ocupación del derecho penal; pero no ha de olvidarse que existen muchas veces conflictos de intereses que han de permitir el acceso a estos datos, en la búsqueda de perseguir un bienestar mayor.

Esta adaptación del sistema financiero al avance tecnológico acarrea una serie de beneficios en procura de concebir un desarrollo más eficaz y eficiente en la modulación y ejecución de transacciones bancarias y bursátiles, pues en nuestro tiempo es posible llevar a cabo el pago de recibos de servicios públicos y privados a través de internet, así como el pago de créditos y transferencias de capital entre cuentas de ahorros, el pago electrónico de salarios, cajeros automáticos, y un sinnúmero de medios que permiten al usuario bancario efectuar sus pagos, transferencias y demás, inclusive sin dejar la comodidad de su casa, o bien accediendo desde diferentes puntos geográficos, lo cual genera una mayor comodidad y rapidez, y determina un importante ahorro de tiempo para el usuario. Nuestra realidad ha hecho que las entidades financieras utilicen

todos los medios tecnológicos posibles que colaboren con un ambiente que permita un mayor bienestar para sus afiliados.

Sin embargo, pese a que toda esta tecnología ha sido desarrollada dentro de una conjunción de sistemas integrados dirigidos a ofrecer solidez en la seguridad patrimonial, el legislador no ve aislada la posibilidad de que personas calificadas que puedan tener un conocimiento avanzado, tengan la posibilidad de violar estos códigos de seguridad, e inclusive podrían ejecutar actos dirigidos a defraudar capitales ajenos y bien podrían menoscabar el haber patrimonial de un individuo para beneficio propio o ajeno. Es así como el derecho penal ha ido evolucionando e imponiendo recursos suficientes que logren prevenir y punir eventuales fraudes a través del uso de ordenadores y software especializado que facilite la prosecución de dichos fines. La doctrina respecto a los fraudes informáticos es basta, pero como referente citamos el artículo 217 bis del Código Penal:

"Artículo 217 bis.- Fraude informático Se impondrá pena de prisión de uno a diez años a la persona que, con la intención de procurar u obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero, influya en el procesamiento o el resultado de los datos de un sistema de cómputo, mediante programación, empleo de datos falsos o incompletos, uso indebido de datos o cualquier otra acción que incida en el proceso de los datos del sistema."⁸⁹

Siguiendo la normativa penal, se encuentra también en el artículo 200 del Código Penal; en concordancia con los artículos del 196 al 198, una importante carga sancionatoria en cuanto a la violación del secreto en las comunicaciones, mismas reglas que pudieran ser aplicables en caso de que ciertas transacciones de capital o créditos fueran interceptadas a través del uso indebido de medios electrónicos, captaciones de manifestaciones verbales, correspondencia o algún medio análogo. Recordamos el ya citado artículo 206 del Código Procesal Penal, que establece un deber de abstención por parte de

⁸⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código penal". Décimo sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 217 bis.

aquellos profesionales que en razón de su labor conocen información privilegiada de sus clientes. Si bien es cierto el artículo mencionado no incluye en su texto a los funcionarios de entidades dedicadas a la intermediación financiera, aclaramos que la jurisprudencia y la doctrina⁹⁰ los incluyen dentro de tal categoría.

Aclaramos que el objetivo central no consiste en desglosar la normativa penal aplicable a la violación del secreto bancario, pero si resulta necesario, como resultado de esta síntesis, conocer que el ordenamiento estipula normas específicas prohibitivas y punitivas, que están en función de establecer una sanción en caso de que se violente este instituto, además de generar una estructura jurídica que trate de resguardar el plano personal de los individuos, respecto de sus actuaciones financieras, y más adelante se analizarán posibles carencias de esta área del Derecho, dentro de la aplicación penal al secreto bancario.

B- Responsabilidad civil

Luego de hacer un reconocimiento sobre la responsabilidad penal, se tomará en cuenta que de la relación banco – cliente puede derivarse responsabilidad civil. Esta última figura como un elemento mucho más maleable que la teoría penal, pues resulta ser la conjunción de una serie de variables que podrían hacer diferir apreciaciones sobre cuánto y cómo resarcir un daño, por ejemplo.

La teoría sobre la responsabilidad civil resulta basta, y pese a su dinamismo, existen elementos muy claros y debidamente definidos:

"El principio de la responsabilidad civil se encuentra contenido, genérica y principalmente, en el numeral 41 de la Constitución Política, el cual señala que: "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales... El

⁹⁰ Ver en ese sentido VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). *"El secreto bancario"* y voto 2703-05 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

origen de tener que restituir el daño causado surge del principio general de "no dañar a los demás" (alterum non laedere)...⁹¹ "

Al ver esta resolución, queda claro que toda aquella persona que haya recibido daño o perjuicio alguno deberá encontrar reparación. Este principio es fundamental y aplicable en todos los aspectos del desarrollo social público y privado. Quiere decir que la responsabilidad civil será aplicable siempre que exista un daño emergente o bien un perjuicio, esto independientemente de la eventual sanción penal o administrativa que se establezca.

Aquí se determina la importancia del término "responsabilidad", en tanto que este concepto es utilizado en confusión con múltiples concepciones, pues su uso se ha asociado muchas veces con la culpa, la obligación, deuda y otros.

Por lo tanto, habiendo muchas percepciones de este concepto, se concibe la responsabilidad civil como *"la atribución (a un sujeto) de una situación de necesidad jurídica, como consecuencia de una imputación de una conducta o actividad que ha afectado la esfera jurídica ajena en forma negativa⁹² "*.

En síntesis, cuando un sujeto ha realizado una conducta que va en detrimento de la esfera jurídica ajena, a este hecho se le atribuye una necesidad creada en función de resarcir el hecho dañoso ocurrido.

También se trae a colación que la responsabilidad civil derivada de una relación puede analizarse en dos sentidos, esto de acuerdo al tipo de relación que existe entre el individuo que sufre la lesión a su derecho y su contraparte. Aquí se hace referencia a que la responsabilidad derivada puede ser tanto *contractual como extracontractual*.

⁹¹ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (08:45 25-07-2008.). "Voto N°596-08". San José, Costa Rica.

⁹² PÉREZ VARGAS, Víctor (1988). "Derecho privado". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Publitex. p. 383.

La Sala Primera define que *"la responsabilidad extracontractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otro sujeto, 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."*⁹³

Con respecto a esta modalidad de responsabilidad civil extracontractual, la Sala Primera resulta clara al recurrir en su definición al hecho de que ésta se deriva de un daño causado, fuera de un vínculo contractual, es decir, que impera aquí el deber de no dañar a otros.

Por otro lado está la responsabilidad civil contractual, la cual se deriva en razón de un vínculo establecido previamente a través de una relación contractual entre las partes involucradas.

Como se explicó anteriormente, y al poder analizarse la responsabilidad civil desde dos perspectivas, lo esencial involucra estudiar ambas vertientes, con el fin de establecer la existencia de una responsabilidad derivada a través de la relación existente entre las entidades financieras y sus clientes, siempre perfilando dicho examen en relación con el sigilo que las primeras se comprometen a ejercer a favor de sus usuarios.

1- Responsabilidad civil extracontractual

Es sabido que cualquier relación entre un banco o entidad financiera y sus clientes va dirigida a establecer un vínculo, en el cual, quien recurre a las instituciones, deposita en estas una serie de informaciones de carácter personal, e inclusive muchas veces se formulan créditos, débitos, títulos valores u otros que desde antes de establecerse implican el manejo de información por parte de la institución, lo cual hace que el individuo confíe tanto en la institución como en sus funcionarios una parte de su esfera íntima.

⁹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (14:20 09-11-1990.). "Voto N°320-90". San José, Costa Rica.

Por lo tanto, en una relación bancaria, si alguno de los funcionarios violenta este deber de guardar sigilo respecto a la información que maneja, estaría no solo violentando la normativa existente e incumpliendo con su deber, sino que, eventualmente, podría generar un daño sobre aquel sujeto que ve lesionado su derecho.

En primer orden, recordamos que la responsabilidad civil extracontractual deviene de un ámbito en el cual no existe un elemento configurador de contrato previo entre las partes.

Así, pues, señalamos que para que se exprese realmente esta responsabilidad debe existir un daño y un criterio de imputación.

Antes de entrar en nuestro estudio, debemos saber que a través de los años, la responsabilidad civil extracontractual ha ido avanzando y generando razonamientos de imputación específicos y apuntando hacia la incursión de criterios objetivos en su aplicación.

Así es como se ha comprendido dos sectores de responsabilidad, siendo estos la responsabilidad civil subjetiva y la responsabilidad civil objetiva.

Cabe aquí determinar si dentro de la relación banco – cliente existe un fundamento extracontractual, pues la doctrina es diversa al respecto. Si se asume que la responsabilidad derivada por la violación al secreto bancario se centra en un factor extracontractual, se establece como *"consecuencia de la divulgación negligente o intencional de los datos que se encuentren en su poder y que le fueron confiados por el cliente"*⁹⁴

La crítica principal, respecto a afirmar que es este el tipo de responsabilidad derivada de la violación del secreto bancario, radica en el alegato de que se estaría dejando de lado la relación existente entre el banco y

⁹⁴ FIGUEROA CRUZ, Rudy Leonardo (2002). *"El derecho de reserva en el sistema financiero costarricense"*. Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p 48.

el cliente a nivel contractual; además, se desvincula dentro de las consecuencias la violación del secreto bancario como tal dentro del objeto principal de una ocasional indemnización.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la obligación de guardar el secreto bancario es una condición de la que generalmente carecen los contratos efectuados entre las entidades financieras y los clientes, es importante tener en cuenta los efectos producidos a nivel extracontractual en cuanto a la violación de la reserva financiera.

1.1- Responsabilidad civil extracontractual subjetiva

En el caso de la responsabilidad civil subjetiva, se tendrá en cuenta que siempre debe existir una conducta, sea esta activa u omisiva; además, siempre existirá un daño, y la presencia de antijuridicidad, culpabilidad y el vínculo causal entre la conducta y el daño.

Para adecuarlo a nuestro tema de interés, recurrimos a acápites anteriores, donde ya explicamos que la responsabilidad puede emanar de una conducta activa al igual que de una omisiva. Por ejemplo, resultaría responsable un funcionario bancario que de manera premeditada y con total manejo de los hechos sustraiga información confidencial de alguno de sus clientes con el fin de que esta sea divulgada, y en igual tanto podemos señalar que por culpa puede ocurrir la responsabilidad, en caso de que dicho funcionario, por no actuar con la debida diligencia, proporcione o permita que otros accedan a dicha información.

Ahora bien, con respecto al daño, queda solo señalar que es un elemento indispensable, y se refiere al menoscabo, de un derecho de una persona física o jurídica, ya sea en su haber patrimonial o moral, el cual debe ser ilegítimo para que constituya responsabilidad. En cuanto a su tasación, será punto aparte de nuestro estudio, pues existen diversas teorías que se ocupan de este punto, cuyo examen ocasional terminaría abarcando toda una

problemática que nos segregaría de nuestro tema central, sobretodo donde nuestro interés radica en otorgar un panorama general que permita determinar la aplicación de estas teorías al secreto bancario.

Con respecto a la antijuridicidad, al hacer este análisis, nos referimos a inferir de la acción cometida, si constituye o no un ilícito. La ilicitud "*se refiere a una transgresión a cualquier prohibición jurídica*⁹⁵", incluyendo aquí tanto el incumplimiento de un deber positivo, como de un deber de no hacer.

En cuanto a este elemento, deben ubicarse las causas de justificación, que son aquellas que excluyen la antijuridicidad, tales como el consentimiento del titular del derecho, siempre que este consentimiento sea voluntario, y que dicho derecho sea renunciable. Señalamos esto, pues existen muchos derechos irrenunciables. Tal es el caso de los derechos de personalidad, donde aún ante expresión voluntaria de renunciar a ellos, esto no implica que se constituya esto en una causa de justificación. También podemos señalar la legítima defensa y el estado de necesidad. Todos estos elementos deben ser examinados dentro de los supuestos que podría ocurrir en caso de violentarse el secreto bancario. Como muestra de esto podríamos suponer que un empleado bancario estaría incurriendo en ilícito si divulga información que maneja en razón de su profesión, sin embargo, podría ser justificada su conducta si este hubiese sido relevado de su deber por parte del titular de este derecho.

Otro caso particular sería si un individuo argumenta que su estado de cuenta bancario sufre de ciertas anomalías, solicitando que se le indemnice; ante tal situación, el banco podría recurrir a proporcionar como prueba un estado de transacciones, ocurriendo aquí un estado de necesidad, pues existe un enfrentamiento de bienes jurídicos, creándose a su vez un elemento que excluye la antijuridicidad.

⁹⁵ Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, p. 395.

Por otro lado, se tiene la afluencia de un nexo causal entre la conducta realizada y el daño. En explicación a esto, es preciso explicar que para que se configure la responsabilidad subjetiva, el daño debe ser una consecuencia directa y también inmediata de los hechos realizados. Esto quiere decir que si el daño no es ligado al sujeto a través de la conducta realizada, se rompe este nexo causal, liberándolo de responsabilidad.

En este sentido, el Código Civil instituye:

"Artículo 704.- En la indemnización de daños y perjuicios sólo se comprenderán los que, como consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento de la obligación, se hayan causado o deban necesariamente causarse"⁹⁶

Este artículo es claramente constituido para aplicarse en el ámbito contractual, precisamente por tratar acerca del cumplimiento de una obligación; sin embargo, esta norma es fácilmente aplicable a la teoría extracontractual⁹⁷, para ligarlo a la exploración de la causalidad.

La exclusión de la causalidad implica también otros elementos como la fuerza mayor, el hecho de la víctima o de un tercero.

La fuerza mayor ha sido punta de confusión y discusiones diversas, e inclusive en muchos casos tratada con ambigüedad de significaciones y ambivalencias con respecto al caso fortuito. En nuestro caso, nos limitamos a explicar de manera sencilla y llana la diferencia existente entre ambas expresiones. La fuerza mayor es producto de un hecho de la naturaleza, mientras que el caso fortuito proviene de un hecho humano. Ejemplo de esto sería si producto de un ciclón o tornado inevitable y mayor a la fuerza de seguridad empleada en un edificio, los reportes y expedientes de una entidad

⁹⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 704.

⁹⁷ Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, p. 402.

bancaria fueran esparcidos y llegaran a manos equivocadas. Aquí, el secreto bancario se ve violentado, pues es probable que cierta información protegida se divulgue, pero al estar en presencia de fuerza mayor, se rompe el nexo causal entre la conducta y el eventual daño, con lo cual se libra de responsabilidad a la institución y sus empleados.

Se suman a estos factores el hecho de la víctima y el hecho de un tercero. En cuanto al primero de estos, lo que ocurre es un supuesto de responsabilidad propia, la cual sucede cuando la víctima actúa con culpa o faltando al deber de cuidado, o bien sea por medio de negligencia o imprudencia, toda vez que existe un daño, pero este es producto de un hecho que ocasiona la situación que genera el daño y es realizada por la misma persona que ve violentado su bien jurídico tutelado.

Respecto al hecho de un tercero, puede ocurrir mediante la actuación de otra persona diferente de aquella a quien se le imputa la responsabilidad. Véase el siguiente ejemplo: en una entidad financiera un empleado "X", maneja información confidencial en sus archivos, y uno de sus compañeros de labores⁹⁸ *subtrae algún documento con el fin de publicitar los datos que en él constan*⁹⁹. Se le atribuye en principio la responsabilidad al funcionario "X"; sin embargo, este puede ser exento, si logra demostrar que fue su homónimo quien realizó la acción¹⁰⁰, con lo cual se da la eliminación del nexo causal por estar en presencia del hecho de un tercero. En conclusión, esto quiere decir que no existe un nexo entre el sujeto inicialmente responsabilizado y la acción infractora.

Otro de los elementos de la responsabilidad extracontractual subjetiva es la culpabilidad. Aquí se analiza al agente que comisiona los hechos en relación con el ilícito. Dentro de este factor, se analizan dos grandes elementos ubicados

⁹⁸ Que sería considerado en este caso en este caso el tercero.

⁹⁹ Ocurriendo una falta al secreto bancario.

¹⁰⁰ Y que no incurrió en una falta en el deber de cuidado respecto a las medidas de seguridad que deben existir sobre tales documentos.

en la categoría de la culpabilidad. Por un lado, tenemos la imputabilidad y la culpabilidad en sentido estricto.

Referente a la imputabilidad, se analizan postulados sobre la capacidad de actuar de la persona, sobre todo en caso de la responsabilidad extracontractual. Esto se refleja por ejemplo, cuando es un menor de quince años quien ejecuta los actos dirigidos a conformar el daño, pues la responsabilidad no podría recaer directamente sobre él. En igual sentido, se analizan factores psicológicos y psíquicos, determinantes para evaluar si es un sujeto imputable o no.

En cuanto a la culpabilidad en sentido estricto, disponemos de dos grandes temas a saber, el dolo y la culpa.

El dolo concurre cuando el comportamiento ilícito se encuentra revestido de conciencia, autodeterminación y dominio de los hechos por parte del sujeto que ejecuta el acto. Es decir, que existe voluntad de realizar la acción lesiva. Aplicando esta teoría a nuestra evaluación sobre secreto bancario, podríamos decir que actúa con dolo un oficial de servicios bancarios, que de manera consciente y voluntaria le proporcione a un tercero, sin autorización, datos sobre el historial crediticio de uno de los clientes.

Acerca de la culpa, debe considerarse que resulta de un acto que ocurre a través de la falta, negligencia, imprudencia o impericia. Así señala el Código Civil respecto a la responsabilidad civil extracontractual:

"Artículo 1045.- Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios."¹⁰¹

En cuanto a estos elementos, tenemos que la negligencia es la falta de

¹⁰¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1045.

diligencia. Puede definirse como descuido, desatención, el no actuar con cuidado cuando las circunstancias así lo ameriten. Es la omisión al no hacer lo que el ordenamiento decreta, y puede presentarse tanto en los comportamientos activos como en los omisivos. En el primero de los casos, es cuando se hace menos de lo debido, y en el segundo cuando existe una norma que obliga a actuar para evitar el daño, pero se omite.

Es decir, que indiferentemente de la situación, es necesario cumplir con el deber de cuidado, pues debe existir una diligencia debida. Esto quiere decir que inclusive en presencia de un caso fortuito, el cual implica la imprevisibilidad de los hechos, este no será motivo eximente de responsabilidad si se demuestra que el sujeto no tomó las medidas de precaución y cuidado requeridas para cada situación específica. De tal modo, si un empleado bancario le otorga a otro sujeto cierta información sobre los movimientos de una cuenta de ahorros, alegando que éste portaba un oficio extendido por un juez de la República que así lo ordenaba no podrá alegar esto a su favor, si este funcionario no revisó de manera adecuada este oficio. Es decir, que incurrió en una omisión, y no actuó con la debida diligencia.

Por otro lado, se ubica la imprudencia, la cual se suscita por una acción excesiva de confianza, por lo que puede decirse que es una falta de previsión o de ser precavido al ejecutar una acción.

Se diferencia de la negligencia, ya que la imprudencia ocurre cuando no se actúa con la debida diligencia, pero resulta ser "un acto positivo"¹⁰²; en cambio la negligencia es un acto negativo. Esto ocurre cuando se actúa sin precaución y se exceden los límites a las capacidades propias de un individuo.

Por otra parte se encuentra la impericia, la cual se configura cuando el sujeto realiza una actividad a pesar de no contar con los conocimientos o facultades necesarias para llevarla a cabo; es la actuación, a pesar de la

¹⁰² Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, p. 406.

ineptitud técnica y física idónea. Esta es una manifestación de la culpa que cobra mucha importancia en el ejercicio de las profesiones liberales. El ejercicio de una profesión amerita un título que lo faculte y los conocimientos necesarios.

Además, se configura la impericia en los casos en que aun sin tener conocimiento de su ineptitud, sí estuvo en la posibilidad de haber adquirido los conocimientos y medios idóneos que requería la actividad. Tal sería el caso de un empleado de una entidad financiera, que utilice una base de datos, sin poseer los conocimientos técnicos suficientes para hacer uso adecuado de ésta, lo cual podría acarrear serias consecuencias.

Otro elemento configurador de la culpa es la falta, que se considera como la inobservancia de las normas jurídicas, sin importar la jerarquía de éstas. Sin embargo, según el ordenamiento, nadie puede alegar ignorancia de la ley; de ahí la responsabilidad por inobservancia.

Hay que recordar que, como elemento de exención de culpabilidad, tenemos el caso fortuito, tratado anteriormente como un supuesto derivado de un hecho humano, pero además de esto lo comprendemos como un hecho imprevisible. Aquí nuevamente retomamos como factor determinante la diligencia con que se actúe, pues *"se ha dicho que, que si a pesar de darse tal diligencia, el evento sigue siendo imprevisible, estaremos en presencia del caso fortuito; éste exime de culpa; no hay, pues, responsabilidad."*¹⁰³ En caso contrario, la ausencia de la diligencia debida, configura una forma de negligencia, lo cual resulta generador de responsabilidad.

Toda esta disertación permite comprender de manera más clara que el ordenamiento jurídico costarricense contempla normativa, explicada a nivel doctrinal y con sustento constitucional¹⁰⁴, aplicable a aquellos casos en que se

¹⁰³ Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, p. 408.

¹⁰⁴ Ver en ese sentido artículo 41 de la Constitución Política, PÉREZ VARGAS, Víctor (1988). *"Derecho privado"*, PÉREZ VARGAS, Víctor (1984). *"Principios de responsabilidad civil extracontractual"*.

dañe a un sujeto a través de los actos cometidos por otro, circunscribiendo aquí no solo el eventual daño ocurrido, sino también los perjuicios que devienen de estos hechos.

Respecto al término perjuicios, comprendido en el anteriormente transcrito artículo 1045 del Código Civil, como el lucro cesante que arroja como resultado una conducta dañosa.

Señalamos que la responsabilidad civil extracontractual puede llegar a tener como resultado el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados en función del accionar financiero ocurrido respecto al manejo informativo que se lleve a cabo a través de la relación entre el banco y sus clientes.

Esto quiere decir que en aquellos en que accidentalmente se permita acceder a datos bancarios privados, o bien la entidad financiera o sus empleados actúen de manera negligente, o bien si los dirigentes bancarios o análogos, permiten que el manejo de la información sea llevada a cabo por funcionarios no calificados para tales funciones; sin embargo, en este tipo de relación financiera ocurren hechos configuradores de responsabilidad civil contractual, derivada de la violación del secreto bancario, esto en virtud de que la relación entre la entidad y los clientes deriva de un contrato. Y en igual sentido, el efecto sería similar en caso de que dichos daños y perjuicios sean producto de un hecho doloso. Posteriormente, se tratará el tema en función de ubicar la responsabilidad dentro de las relaciones de tipo contractual.

Se recalca que debe existir un daño o un perjuicio, pues para que ocurra la responsabilidad civil extracontractual, no basta con el solo hecho de que un funcionario bancario revele las informaciones, lo cual inclusive podría ser un delito, sino que es necesaria la presencia de un daño real y un lucro cesante, pues solo así puede surgir la obligación de resarcir. Sin embargo, para ser más concretos, sabemos que revelar tales datos, por sí solo, significa un detrimento al derecho a la intimidad, por lo cual se ocasiona un daño.

El secreto bancario resulta ser elemento central en una relación mercantil de confianza; por ende, su quebrantamiento puede acarrear consigo serias consecuencias. Por ejemplo, si un banco hace público que un sujeto tiene un crédito moroso o una cuenta con números negativos, esto podría repercutir seriamente en la credibilidad del individuo como eventual cliente de algún posible negocio. Aquí podemos ver como el desprestigio de este individuo puede conformar un daño emergente, mismo que puede terminar con consecuencias patrimoniales para el mismo, e inclusive podemos situarlo como un daño moral.

Respecto al daño moral y patrimonial, la Sala Segunda señaló que *"El daño, como parte del acto ilícito, o como presupuesto de la responsabilidad civil, doctrinariamente es tratado como un perjuicio a un interés jurídicamente relevante en cualquier esfera de la vida humana y, como tal, merecedor de tutela. Ha sido definido como: "... el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)"*¹⁰⁵

No se procederá a analizar la posible estimación aplicación del daño moral, pues en este sentido nos interesa situarlo dentro del estudio para tener una noción de su eventual concurrencia dentro de los supuestos que derivan una responsabilidad de tipo civil.

Pese a esto, sí es de relevancia sostener que este tipo de daño encuentra bases en nuestra normativa, específicamente en el artículo 59 del Código Civil que dice:

*"Artículo 59.- Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad."*¹⁰⁶

¹⁰⁵ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (09:40 26-11-1999.). "Voto N°365-99". San José, Costa Rica.

¹⁰⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 59.

Por supuesto, no debe olvidarse que cuando un cliente elige una institución para que intermedie en sus movimientos financieros, lo hace dentro de un marco de seguridad y confianza. Ocasionalmente, esta confianza podría verse transgredida, a raíz de hechos que debiliten la seguridad con que se resguarde la información que contienen estas transacciones. Pese a ser un elemento subjetivo variable, para un individuo puede ser de gran importancia que su información financiera se maneje dentro del mayor marco de reserva posible, e inclusive, si esta fuera divulgada, podría significar en muchos casos el desarrollo de un daño significativo para el cliente.

Continuando con la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, señalamos que esta puede ser responsabilidad directa o por hecho propio, o bien, indirecta, conocida también como responsabilidad por hecho ajeno.

La responsabilidad directa ocurre cuando el sujeto que realizó la conducta que generó el daño es el mismo al que se le obliga a resarcirlo. Un empleado bancario que hipotéticamente hace públicos datos sobre un estado de cuenta corriente -y es éste mismo empleado quien es condenado a resarcir al perjudicado- sería claro ejemplo de esta modalidad de responsabilidad civil extracontractual:

"En los casos de responsabilidad indirecta, el sujeto que es el autor directo del acto ilícito y el sujeto al que se le adscribe la responsabilidad no son coincidentes, no son el mismo sujeto."¹⁰⁷

Este patrón está claramente reflejado en el artículo 1047 del Código Civil y en igual sentido en el párrafo primero y segundo del artículo 1048 del mismo Código.

"Artículo 1047.- Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor."¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, p. 409.

"Artículo 1048.- Los Jefes de Colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus criados menores de quince años. Cesará la responsabilidad de las personas dichas si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aun con el cuidado y vigilancia común u ordinaria.

El que encarga a una persona del cumplimiento de uno o muchos actos, está obligado a escoger una persona apta para ejecutarlos y a vigilar la ejecución en los límites de la diligencia de un buen padre de familia, y si descuidare esos deberes, será responsable solidariamente de los perjuicios que su encargado causare a un tercero con una acción violatoria del derecho ajeno, cometida con mala intención o por negligencia en el desempeño de sus funciones, a no ser que esa acción no se hubiere podido evitar con todo y la debida diligencia en vigilar.¹⁰⁹"

Estas normas resultan bastante explícitas, pero para hacer una adecuación más precisa al tema central, se recurre al párrafo segundo del arriba citado artículo 1048 del Código Civil. Se puede ver que el párrafo primero y el artículo precedente se refieren a situaciones muy específicas, pero a diferencia de estos, el legislador se encarga en el párrafo segundo, de establecer una responsabilidad derivada del hecho ajeno, esto en razón del deber de vigilancia y de elección.

La doctrina define esta situación a través de dos términos posicionados dentro de la responsabilidad indirecta, donde esta proviene de la culpa "in vigilando o in eligendo"¹¹⁰.

¹⁰⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1047.

¹⁰⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1048.

¹¹⁰ Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, 409.

La culpa *in vigilando* se constituye precisamente cuando se falta al deber que se tiene de vigilar a quien ejecuta ciertos actos. Así por ejemplo, en una institución bancaria, aquellos de mayor jerarquía o encargados de la seguridad, serían responsables solidarios (la solidaridad se caracteriza porque se responsabiliza en igual proporción que a quien realiza la conducta), junto con el sujeto que realizó la acción u omisión. Es cierto que un funcionario bancario con acceso a cierta información tiene el deber de reserva y en caso de incumplirlo sería responsable por tal acto, pero eventualmente sus superiores podrían ser responsables, esto en caso de no haber efectuado los controles adecuados en búsqueda de preservar esta reserva de información financiera. La única manera de eximirse, sería demostrando que no se incumplió con el deber de cuidado.

Por otro lado, la responsabilidad por culpa *in eligendo*, es producto de no utilizar los criterios adecuados para elegir, a aquella o aquellas personas que se desempeñarán en una función específica, lo cual vendría a generar responsabilidad solidaria, ya que se estaría faltando a un deber de cuidado.

En una institución financiera, esta tarea resulta trascendental, pues quien elige el personal bancario debe analizar las características sociales, morales y técnicas de sus subalternos. Así, si un individuo que ostenta una jefatura en un banco ubica a un sujeto para manejar información en una base de datos, sin que éste tenga formación profesional en el área informática, podría generarle responsabilidad, en caso de que se destruya información importante. Así, para ciertas funciones, es necesario que los individuos tengan formación profesional o académica, esto para garantizar que las labores serán realizadas de manera efectiva y segura.

Aquí se enfatiza en que cualquier entidad dedicada a la intermediación financiera podría causar daños y perjuicios, y por consiguiente verse obligados a resarcirlos, en aquellos casos en que no implementen estándares de seguridad, capacitación para su personal con respecto al deber de reserva y debidos reglamentos internos que regulen el tema. Cuando nos referimos a

esta responsabilidad producida por esta falta de diligencia debemos tener en cuenta que tanto empleados como patronos, e incluso la Institución como persona jurídica, pueden ser objeto de un proceso judicial que proyecte como resultado la imposición de una sanción pecuniaria o administrativa, destinada a resarcir los daños y perjuicios causados.

Igualmente, es preciso recordar el valor del secreto bancario y que éste es un instituto que, además de ser regulado mediante preceptos de carácter impositivo, también ha sido centro de atención del legislador para crear normas de carácter punitivo, no solo penal, como hemos demostrado, sino también de orden civil, esto con el fin de imponer una sanción, pero además garantizar el derecho de los ciudadanos de encontrar reparación de los daños y perjuicios sufridos por acciones ajenas.

1.2- Responsabilidad civil extracontractual objetiva

Hay que señalar el otro gran sector de la responsabilidad civil extracontractual, pues resulta ser esta una responsabilidad más delimitada y dedicada a específicas situaciones, y que pese a ser punto importante de divergencia dentro de la doctrina ha tomado parte importante dentro de la legislación.

Al respecto, la Sala Primera señala que *"La responsabilidad objetiva reside en el hecho de que, aquél que, para su propio provecho, crea una fuente de probables daños y expone a las personas y bienes ajenos a peligro, queda obligado si el daño se verifica. Para determinar esta responsabilidad, debe existir un nexo de causalidad entre la actividad riesgosa puesta en marcha y el daño ocasionado."*¹¹¹

Actualmente, la jurisprudencia ha introducido ciertos conceptos de este tipo de responsabilidad en la relación derivada de las entidades financieras con sus clientes. Por ejemplo, varios fallos judiciales últimamente han condenado a

¹¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (11:50 05-08-2004). "Voto N°654-04". San José, Costa Rica.

entidades bancarias por daños y perjuicios, en los casos en que sus clientes han sido víctimas de fraudes a través del uso de tarjetas electrónicas por internet, por lo que puede asumirse que un sector de la responsabilidad en este tipo de relaciones es objetiva.

Para clarificar este tema, se trae a colación el artículo 35 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, el cual estipula:

*"Artículo 35.- Régimen de responsabilidad: El productor, el proveedor y el comerciante deben responder concurrente e **independientemente de la existencia de culpa**, si el consumidor resulta perjudicado por razón del bien o el servicio, de informaciones inadecuadas o insuficientes sobre ellos o de su utilización y riesgos.¹¹²"*

Existe aquí una desvinculación de la culpa; en términos más concretos, no es necesaria la culpa para que exista responsabilidad por parte de quienes ofrecen los productos o servicios a los consumidores; es decir, si se desarrolla una actividad con el fin de lucrar, y existe un riesgo creado.

En síntesis, la responsabilidad objetiva prescinde de los elementos de dolo y culpa. Entonces, lo necesario es comprobar la existencia del daño y no es preciso determinar si quien ofrece el servicio o el bien actuó con la debida diligencia, pues únicamente debe existir esta actividad riesgosa, un daño y un nexo causal entre las dos anteriores, configurándose lo conocido como la Teoría del Riesgo, que significa, que todo aquel que desempeñe una actividad lucrativa, que involucre algún riesgo potencial, deberá asumir los daños que eventualmente se ocasionen a partir de tal actividad. La defensa alegable por quien presta el servicio sería desvirtuando el nexo causal, probando ya sea la culpa de la víctima, el hecho de un tercero o la fuerza mayor, o bien, logrando determinar que el riesgo creado no es un riesgo típico sino que sobrepasa los

¹¹² REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su reglamento". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 35.

límites de lo normal, pues debemos considerar que el riesgo es presente en toda actividad, y lo considerable dentro de la responsabilidad objetiva son los supuestos de riesgo atípico.

Dada esta ausencia de los elementos de dolo y culpa, han sido muchas las críticas sobre la aplicación a este tipo de responsabilidad. Pese a ello, no se tratará dicho tema, pues lo competente aquí es aclarar que en el presente se están aplicando en este tipo de casos.

En este último punto, y para finalizar, se aclara que solamente han sido los tribunales jurisdiccionales quienes se han encargado de fijar una línea jurisprudencial mediante la cual se ha fijado una responsabilidad objetiva por parte de las entidades bancarias en los casos en que interviene el uso tecnológico. Por ejemplo, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indicó que:

"....no resulta desproporcionado respecto del fin perseguido por el Derecho de la Constitución y la legislación especial dictada al efecto, el surgimiento de responsabilidad a cargo del agente económico que ofrece bienes y servicios por los daños que de estos se deriven, siempre y cuando exista un nexo de causalidad que los con la actuación de estos, máxime si se considera que responde a la aplicación del principio de rango constitucional de indemnidad patrimonial."¹¹³ "

2- Responsabilidad civil contractual

En materia financiera, el contrato se perfila como una de las figuras jurídicas de mayor importancia, pues su constitución le permite a las partes intervinientes dentro de la relación, asegurar sus intereses y marcar pautas a seguir dentro de los hechos que se susciten a través de la relación.

¹¹³ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (11:25 26-03-2009.) "Voto N°300-09". San José, Costa Rica.

2.1- El contrato

El contrato ha sido objeto de múltiples definiciones¹¹⁴; sin embargo, para simplificar esta labor de conceptualización, será analizado de manera particular como la manifestación de voluntad de las partes, que es en el mayor de los casos recíproca, propuesta para crear un vínculo a través del cual éstas se obligan a cumplir con una prestación de hacer o no hacer una conducta determinada, con el fin de obtener una contraprestación.

En casos específicos de transacciones bancarias, la Sala Constitucional se ha referido a las prestaciones bancarias como servicios económicos de interés general¹¹⁵, esto porque en la actualidad el tener acceso a una cuenta de ahorros, corrientes o bien una línea crediticia resulta trascendental para llevar a cabo muchas actividades financieras o laborales, y por lo tanto deben ser objeto de regulación.

De manera más concreta, se reconoce el contrato bancario como *"aquel en el cual por lo menos una de las partes es una empresa bancaria o establecimiento financiero para crear, modificar o extinguir una relación jurídica cuyo objeto lo constituye una operación bancaria."*¹¹⁶

Señalada esta concepción, debe delimitarse que la responsabilidad civil contractual se caracteriza por ser consecuencia inmediata del incumplimiento de un contrato. Al respecto, señalamos el artículo 702 del Código Civil:

*"El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito"*¹¹⁷.

¹¹⁴ BRENES CÓRDOBA, Alberto (1990). *"Tratado de las obligaciones"*. Sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro, p 12.

¹¹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (09:02 02-06-2006.). *"Voto N°7999-06"*, San José, Costa Rica.

¹¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:45 02-02-2007.). *"Voto N°1455-07"*, San José, Costa Rica.

¹¹⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código civil"*. Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 702.

Asimismo, la doctrina señala que:

"La razón de la condena en daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación, estriba en la necesidad jurídica de equilibrar la situación económica del acreedor en punto a la negociación concertada, colocándole en otra equivalente a aquella en que se hallaría si el deudor hubiese cumplido debidamente su compromiso.¹¹⁸"

Aquí es destacable que la legislación establece eximentes de la responsabilidad contractual, específicamente la fuerza mayor y el caso fortuito, previamente analizados, y el hecho de la parte afectada:

"Una de las teorías de mayor aceptación actualmente en la doctrina es la que basa el secreto bancario en la voluntad del cliente que se manifiesta de forma expresa o tácita, por lo que se dice que las partes pueden pactar expresamente la discreción por parte del Banco¹¹⁹."

Respecto a este vínculo, se cuenta con el hecho de que la relación existente entre el banco y su cliente generalmente se caracteriza por ser un nexo en el cual una de las partes asegura una prestación en razón de recibir una contraprestación. Así, por ejemplo, al efectuar un crédito, el banco se compromete a girar una suma determinada, mientras que el cliente se obliga a hacer sus pagos y someterse a ciertos lineamientos establecidos por el banco. Sucede igual con transacciones con tarjetas de débito o crédito, donde existe una condición contractual de obligación mutua, por lo que generalmente se ostenta un carácter de contrato bilateral:

"Tratándose de contratos bilaterales y ante su incumplimiento, el artículo 692 del Código Civil establece la posibilidad de demandar su ejecución forzosa o

¹¹⁸ Ver BRENES CÓRDOBA, *op. cit.*, p 75.

¹¹⁹ Ver FIGUEROA CRUZ, *op. cit.*, p 46.

su resolución. Es la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico por transgredir un vínculo obligacional con fuerza normativa para las partes¹²⁰."

De manera que la responsabilidad civil contractual por incumplimiento implica no solo el eventual resarcimiento ocasionado por daños y perjuicios causados, sino que podría ser causa de demandar la ejecución forzosa del contrato o bien su resolución¹²¹.

Debe acotarse que la obligación del sujeto bancario, en este caso, resulta ser más bien una obligación de no hacer, así que una vez transgredido dicho deber resultaría inocuo acudir al cumplimiento forzoso. Sin embargo, es consecuencia inmediata que emerja un daño procedente del incumplimiento, y por ende pueda solicitarse resarcir los daños y perjuicios sufridos a partir de que se contraviene al secreto bancario.

Una propuesta interesante en materia de responsabilidad civil contractual es la figura de la cláusula penal, la cual constituye *"un convenio en cuya virtud el deudor se compromete a una prestación cualquiera accesoria, consistente por lo común en el pago de una suma de dinero, para el caso en que no satisfaga su deuda de la manera convenida, o que fuere constituido en mora¹²²"*

Debe recordarse la particularidad que ostenta este caso de estudio al tratarse de un deber de reserva, por lo cual lejos de constituirse en mora, el sujeto obligado en esta relación¹²³ se perfila más bien como aquel que ocasiona los daños y perjuicios, y que debe reintegrar a la víctima el valor de lo perdido. Con esto se quiere decir que la cláusula penal podría eventualmente constituirse parte de un contrato bancario en caso de que se violente el secreto bancario, pese a no ser esta una deuda pecuniaria.

¹²⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (15:30 30-11-1993). "Voto N°80-93". San José, Costa Rica.

¹²¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 692.

¹²² Ver BRENES CÓRDOBA, *op. cit.*, p 80.

¹²³ Que puede ser tanto una entidad financiera, banco o análogo, como sus funcionarios de manera individual.

En otros términos, la cláusula penal corresponde a una prestación accesoria, que generalmente resulta ser una suma de dinero estipulada dentro del contrato, que se debe cancelar, en caso de que se incumpla alguna de las obligaciones establecidas por el contrato, con el fin de resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Debido a esto, la presencia de una cláusula penal dentro del contrato bancario como consecuencia de la violación del secreto bancario repercutiría de manera favorable para los clientes de las entidades bancarias, pues no sería preciso acudir a las instancias judiciales para que se tase el valor monetario de los daños y perjuicios resultantes de tal infracción, sino que se recurriría únicamente a solicitar el cumplimiento de dicha cláusula, garantizando la celeridad de una eventual indemnización y eliminando a la vez gastos adicionales que se podrían generar.

Para concluir, se dice que efectivamente la responsabilidad civil producida por la violación al secreto bancario es en mayor medida aceptada dentro de la teoría de la responsabilidad civil contractual, la cual es derivada del incumplimiento contractual, en este caso entre la entidad financiera y el cliente, respecto a guardar la reserva requerida respecto a los datos íntimos y transacciones del usuario de sus servicios. Si bien es cierto el deber de reserva bancaria es en pocas ocasiones manifiesto dentro de los contratos bancarios, dicha obligación se encuentra implícita, no solo por el deseo interno de los clientes, sino porque la legislación existente se ha encargado de establecer dicha garantía en función de la protección de la intimidad.

Con respecto a la responsabilidad contractual, es preciso ubicar en qué etapa del negocio jurídico nace el deber de resarcir en caso de que se ocasionen daños y perjuicios. Para tales efectos se hará referencia a los actos previos a la constitución formal del contrato.

2.2- Actos precontractuales

La celebración de un contrato involucra una serie de actos precontractuales¹²⁴, además de una expresa voluntad de las partes y los actos constitutivos del contrato. Esto quiere decir que el contrato es una conjunción de actos con una finalidad específica, y como tal consta de varias etapas.

Como se mencionó con anterioridad, lo importante por determinar aquí, es tener en claro a partir de cuál etapa existiría una eventual responsabilidad civil ligada a la transgresión del deber de confidencialidad.

Con respecto a este tema, en primer orden debe saberse que los actos precontractuales se configuran como la etapa inicial de las operaciones bancarias, esto ocurre previo a la constitución formal del contrato. Estos actos podrían ser vistos como una etapa de simple trámite; sin embargo debemos tener en consideración que constituyen el primer contacto entre el banco y el cliente, donde además de existir procesos de mero trámite, se maneja a partir de este momento información que puede tener un carácter personal e importante para el titular de ésta. Dada esta explicación, vale decir que el flujo de datos inicia a partir de la etapa precontractual; por ende, resulta importante que la protección jurídica en función del cliente ocurra a partir de esta etapa.

Si bien es cierto el artículo 632 del Código Civil instituye que *"Las causas productoras de obligación, son: los contratos, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley.¹²⁵"*, y pese a que los actos precontractuales no se incluyen de manera expresa aquí, nuestro criterio reside en el hecho de que desde los actos precontractuales bancarios, se maneja información que debe ser objeto de la reserva financiera. Por lo tanto, ya existe un deber implícito por parte del banco y sus funcionarios de cumplir con todas las medidas pertinentes que permitan resguardar esta información, pues de ocurrir cualquier inobservancia al respecto, podría infringirse un daño a los derechos de los clientes:

¹²⁴ Ver en ese sentido LORENZETTI, Ricardo (2004). *"Tratado de los contratos: parte general"*. Primera edición. Editorial Rubinzal-Culzoni.

¹²⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código civil"*. Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 632.

"Si esta primera etapa precontractual careciera de relevancia jurídica, se estaría creando una gravísima situación de desamparo en contra de los intereses de la clientela, quienes verían amenazada su seguridad frente al arbitrio de un poder unilateral a disposición del Banco.¹²⁶"

Pese a que esta posición es clara en el tanto que la responsabilidad civil derivada del secreto bancario nace a partir de los actos precontractuales, y se reconoce a estos como fuente de obligaciones, es evidente el vacío normativo al respecto en caso de la responsabilidad civil derivada de la falta al deber de sigilo.

Es claro que el contrato bancario tiene fuerza de ley entre el banco y su cliente¹²⁷, pero lo disputable es si sus actos preparatorios generan responsabilidad, en cuyo caso se asume que al no existir un contrato formalmente establecido, se recurre a aplicar la integración normativa, y la doctrina que señala la importancia que ostenta la información y todos los actos llevados a cabo durante esta etapa del negocio jurídico.

En este caso, se hace énfasis en el hecho de que a partir de los actos preparatorios, o bien desde que el cliente aporte cualquier tipo de información al banco, se inicia una relación a partir de la cual el banco debe cumplir con su obligación de mantener el sigilo respecto de la información obtenida, situación que se caracteriza por una omisión normativa al respecto y que será tratada más adelante como una de las problemáticas presentes en la regulación del manejo de la información financiera.

¹²⁶ Ver CASCANTE SOTO et al, *op.cit.*, p. 632.

¹²⁷ Ver REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código civil"*. Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1022.

Capítulo V

Actos ilícitos amparados en el secreto bancario

Se ha comentado la importancia del secreto bancario, ya que implica otorgarles a las personas un ámbito de confidencialidad, que facilita confianza y seguridad para que los individuos acudan ante una entidad financiera. Sin embargo, la creación de un marco de intimidad individual podría conceder a las personas un espacio suficiente para que sus actuaciones vayan dirigidas a consumir un ilícito. En íntima relación con el secreto bancario nos referimos a delitos de carácter económico, como la legitimación de capitales. La legitimación de capitales resulta ser uno de los métodos principales que permite que el dinero proveniente de actividades ilícitas sea transformado en capital apto para ser gastado o invertido de manera legítima. Muchas veces, esta protección a la intimidad de las transacciones puede servir de escudo para que ciertos delitos vinculados con el enriquecimiento sean invisibles. Precisamente, este es uno de los aspectos de mayor interés, pues la función propia del secreto bancario resulta ser la de generar confianza para los usuarios del sistema financiero y el uso dirigido a proteger delitos resulta ser más bien un punto a sanear dentro de este mecanismo.

En general, este tipo de delitos son conocidos como delitos de cuello blanco, cuya interpretación en muchos casos suele ser tergiversada, o únicamente ligada con transacciones de dinero o bienes patrimoniales. Este reconocimiento pretende identificar de manera general estos delitos, y más aún localizar la relación que pudiesen tener con el secreto bancario y el procesamiento de la información.

Este tipo de actividad delictiva ha sido particularmente objeto del repudio social, sobre todo porque ha sido ligada a puestos laborales de preferencia y de alto rango. Esta censura especialmente radica en el rango social y laboral que suelen ocupar las personas que comenten este tipo de ilícitos. Así son definidos los aquí involucrados según el Periódico *la Nación*:

"Acaudalados empresarios, un exministro, un exdiputado, el gerente y toda la junta directiva de un banco son algunos de los reos con nuevo perfil que en los últimos años han ocupado espacios en las cárceles nacionales.¹²⁸"

Esto tiene toda una implicación social, pues el impacto general sobre la defraudación de capitales resulta de grandes proporciones, ya que la presencia de la prensa por lo general resulta elemento constante dentro de la comisión de este tipo de hechos. Por lo general, al implicarse personas que tienen una alta categoría, la explotación televisiva, radiofónica y escrita es basta. Comúnmente, la presencia de la prensa tiene un efecto enervante en la sociedad, pues además de atraer la atención con facilidad, ya que se tiene un medio masivo de comunicación de por medio, también logra canalizar mensajes implícitos dentro de las noticias que difunden, pues la corrupción resulta ser palabra y lema de su difusión noticiosa.

Asociado a este estrato y condición social, se ven caracterizados por un margen amplio de injerencia patrimonial, lo que explica que generalmente son delitos que involucran dinero en cantidades importantes.

Existen además elementos que caracterizan este tipo de delitos, tales como la presencia de conocimientos técnicos o la función laboral del individuo que comete el ilícito, componentes que quedan retratados en el siguiente extracto:

"Por ejemplo, en el proceso de pagar el salario a los empleados habrá una serie de pasos a seguir, que si alguno se altera fraudulentamente, incidirá en el resto del proceso. El usuario aparece al final de ese proceso, y en términos generales, no lo puede modificar. Para hacerlo, requiere el ingreso al sistema, y usualmente debe poseer ciertos conocimientos... Por estos aspectos son considerados "delitos de cuello blanco".¹²⁹"

¹²⁸ PERIÓDICO LA NACIÓN. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 17 de setiembre de 2003 [Consulta: 30 octubre. 2008].

¹²⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (09:00 24-02-2006.). "Voto N°148-06". San José, Costa Rica.

Según esta cita extraída de un voto de la Sala Tercera, puede decirse que los delitos de cuello blanco se caracterizan porque quien ejecuta los actos dirigidos a perpetrar el delito es un individuo que tiene ciertos conocimientos, ya sea en razón de su preparación académica, empírica o por motivo de sus labores. Así pues, se incluyen aquí una amplia gama de delitos, ya sean de carácter informático, tributario o de manejo de capitales.

Para tener un criterio más específico sobre el concepto de delitos de cuello blanco, se utilizará como referencia el concepto otorgado por Sergio Vinocour en el Informe Jurídico del Estado de la Nación de marzo del año 2000, donde utiliza la terminología transgresiones de cuello blanco:

"Las transgresiones de cuello blanco comprenden las violaciones a disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias en que incurran tanto funcionarios públicos como otros ciudadanos produciéndose como resultado la puesta en peligro o lesión a la función pública, los deberes de la función pública, la fe pública, el patrimonio del Estado y a salud pública.

En el caso de la salud pública, solo quedan comprendidas aquellas conductas delictivas de narcotráfico y la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico o de delitos conexos.¹³⁰"

Se aclara que los delitos de cuello blanco, para ostentar dicha categoría, no tienen que tener como condición necesaria que su producto sea proveniente del narcotráfico. Cuando se habla de producto, nos referimos a los bienes generados a partir de la comisión de un delito.

En la primera sección de este concepto, se hace referencia básicamente a transgresiones de cuello blanco, en aquellos casos en que la función pública y el Estado en general sean puestos en peligro o bien sean lesionados. Sin

¹³⁰ PROGRAMA ESTADO DE LA NACIÓN. (1994). <<http://www.estadonacion.or.cr>>. La ciudadanía tiene libre acceso a medios eficaces para prevenir y sancionar la corrupción en la esfera pública. Sergio Vinocour. Informe Final de Consultoría. Análisis Jurídico. Marzo de 2000 [Consulta: 30 octubre. 2008].

embargo, como segundo apartado se muestra que el interés público resulta ser un elemento central en la calificación de delito de cuello blanco, y dentro de este se ubican la salud pública y otros bienes jurídicos que afectan a la colectividad.

Para esclarecer la conceptualización penal del término bien jurídico, es importante saber que *"se ha denominado Bien Jurídico, a todas aquellas conductas que la norma penal protege en virtud de que la misma ha trascendido la esfera de lo moral y lo ético, al punto que ha alcanzado una relevancia tan significativa para que la normativa penal la acoja y la convierta en una conducta prohibida, lo cual suele suceder cuando en la realidad social dichas conductas, comportamientos o acciones, importan conflictos que se cree puedan ser resueltos a través de una institucionalización, de manera tal que cualquier conducta que pretenda protección penal debe repercutir a tal magnitud en la esfera de los social, para convertirse en norma vinculante "erga omnes".¹³¹ "*

Visto este concepto, falta decir entonces que el derecho penal, no puede encargarse de otorgar protección a todos los bienes jurídicos, sino que esto sucede en los casos en que un bien jurídico tiene una alta significación social, y como consecuencia de ello, la normativa penal debe tutelar dicho bien, a fin de evitar conflictos de mayor trascendencia.

Se estima que el secreto bancario es uno de los instrumentos tergiversados por aquellos que infringen la ley, en tanto es usual que estos individuos utilicen todo tipo de recursos. Así como la tecnología, cuyo fin primordial es otorgar mayor rapidez y seguridad en el resguardo de la información, ha sido utilizada también para facilitar la comisión de delitos, así mismo, el secreto bancario, que en principio es un instituto que busca consolidar el plano mercantil y bancario, también ha sido utilizado como escudo

¹³¹ CASTILLO MURILLO, H y QUINTANILLA ESQUIVEL, M (2003) *"Análisis teórico y político criminal de las implicaciones jurídico penales del delito de legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas, con énfasis en narcotráfico"*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p 135.

protector para disfrazar actividades ilegítimas. Lo más importante aquí es que si bien es cierto el secreto bancario busca el buen desempeño bancario y la mayor satisfacción y grado de confianza para los clientes, también puede ser utilizado oportunamente para ejecutar actos dirigidos a encubrir un delito; por esa razón, la legislación debe ser minuciosa al momento de manejar temas trascendentales como lo es la reserva financiera, de manera que no se lesione la garantía que esta ofrece, pero que a su vez se concentre en garantizar el bien común, evitando cualquier uso incorrecto de este mecanismo.

A- Legitimación de capitales

Normalmente la legitimación de capitales se ha conocido a través de diversos términos, como lavado o blanqueo de dinero, dando a entender que corresponde a las transacciones con dinero proveniente de actos ilícitos.

El concepto de legitimación de capitales tiene la peculiaridad de ser acreedora de múltiples concepciones, y pese a no existir un concepto unívoco sobre la misma, para efectos de nuestro estudio, y a razón de sintetizar un término generalizado y accesible para el lector, entenderemos la legitimación de capitales como *"la acción de ocultar o encubrir el origen, propiedad, etc, del producto derivado de una acción delictiva, es una actividad propia de la delincuencia organizada, pero que no necesariamente es patrimonio exclusivo de la actividad del narcotráfico."*^{132r}

Como parte del anterior concepto se encuentra el término encubrimiento, que consiste en aquellas acciones dirigidas a ocultar el origen y destino de bienes provenientes de actos ilícitos, el cual por lo general es llevado a cabo por un tercero, que se encuentra enterado acerca de la actividad delictiva que se desarrolla.

¹³² Ver CASTILLO MURILLO y QUINTANILLA ESQUIVEL, *op. cit.*, p 98.

Esto quiere decir que la manera común de operar consiste en que el ocultamiento sea realizado por otra persona diferente de la que realizó el ilícito, pero que conoce los hechos.

Con esto, lo que se busca es eliminar el lazo existente entre el dinero obtenido y la actividad a través de la cual se adquiere.

Por otra parte, se ubica el término ocultación, el cual es similar al anterior, ya que consiste en esconder el origen de los bienes logrados mediante la actividad, pero la diferencia radica en que el sujeto que realiza la ocultación, es el mismo que realiza la actividad delictiva previa, y no a través de otro como ocurre en el caso del encubrimiento.

También, se hace reseña sobre otro concepto, la conversión; la cual consiste en transformar las utilidades que se consiguen a través de actividades delictivas en otro bien diferente del original. Esto ocurre cuando los bienes obtenidos son transformados, por ejemplo, si producto del ilícito se obtiene dinero, este eventualmente podría ser convertido en bienes raíces, títulos valores, comercios, joyas u otro, a través de negocios jurídicos lícitos, ya sea mediante compraventas o cualquier otro tipo de inversión de dinero. Dicha situación puede ocurrir a la inversa, es decir, que bienes muebles o inmuebles sean transformados en dinero efectivo.

En cuanto a este tema, se tiene que una de las constantes resulta ser el hecho de que la legitimación de capitales, es un delito, que los ciudadanos en general y algunos operadores del Derecho, interiorizan como un delito exclusivamente vinculado con el tráfico de drogas. Respecto a este problema, cabe mencionar que la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas trata de brindar una tipificación más amplia al respecto:

"Artículo 69.—Será sancionado con pena de prisión de ocho a veinte años:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito o para ayudar, a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito grave.

La pena será de diez a veinte años de prisión cuando los bienes de interés económico se originen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico ilícito de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, legitimación de capitales, desvío de precursores o sustancias químicas esenciales y delitos conexos.¹³³"

Esta norma estipula que se incurre en delito a través de la ocultación, conversión, adquisición o transmisión de bienes producto de un delito grave y no exclusivamente de aquellos provenientes del tráfico de drogas, pese a que el último párrafo le otorga un carácter especial cuando ocurre de dicha manera. Aquí podemos ubicar otro tipo de actividades ilegales tales como la prostitución y pornografía infantiles, el proxenetismo, la trata de personas, los secuestros extorsivos, el tráfico de objetos robados o armas, etc.

Directamente relacionado a la comisión de este delito, se encuentra otro problema de grandes proporciones, que consiste en que la legitimación de capitales es producto de una serie de actos perpetrados por la delincuencia organizada, con lo cual los medios para llevarla a cabo muchas veces incluyen una red amplia de individuos y el uso de alta tecnología, además de configurarse como un delito bien estructurado, que consta de varias etapas definidas.

¹³³ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Lev sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas". Tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 69.

servicios ficticias, creadas con el fin de disfrazar el ilícito, a través de supuestos servicios brindados. O bien, los títulos valores obtenidos en la primera etapa son transados, y sus réditos reubicados en cuentas bancarias diversas. Dentro de esta etapa es común la creación de diversas empresas simuladas para realizar transacciones entre estas y despistar el origen del dinero. También es usual que se depositen en conjunto sumas de dinero obtenidas de manera legal junto con otro porcentaje obtenido a través de actividad ilícita. Lo más importante a señalar aquí es que si bien es cierto los mecanismos son diversos, si el secreto bancario es ilimitado, puede servir de amparo para tales procedimientos.

1.3- Integración o creación de legitimidad

Es precisamente en esta etapa en la cual se logra amalgamar todos los actos previos con el fin de darle legitimidad al dinero obtenido. Por lo general, esto ocurre por medio de grandes inversiones, ya sea en bienes raíces, joyas, empresas, proyectos o cualquier otro que permita obtener una prestación pecuniaria a través de actividades que en principio figuran como lícitas. Por ejemplo, si se invierte en un complejo hotelero, el dinero obtenido por esta actividad es gracias a una actividad permitida por la ley; de modo que el dinero originalmente captado es difícil de rastrear. De hecho, esta etapa final, puede ser vista en principio como una inyección de capital beneficiosa para un mercado específico. Así que quienes participan en la adecuación de esta etapa no son vistos como delincuentes, sino como inversionistas o comerciantes de alta categoría en la mayoría de los casos.

Ahora bien, centrándonos aún más en la utilización de la banca para este tipo de actividad, tenemos como claro ejemplo aquellos casos en que el dinero ilegítimo se encuentra en un banco extranjero, y se solicita un crédito en un banco nacional para realizar inversiones, y posterior a ello es reembolsado con el dinero que permanecía en el extranjero. De ahí que las inversiones realizadas en apariencia son legales, ya que el dinero se obtuvo de una manera lícita mediante un crédito.

Al tener un panorama general del asunto, y en virtud de que nuestro oficio se centra en el sector bancario, anotaremos algunos mecanismos utilizados que involucran la participación del sector bancario, dirigidos a legitimar capitales provenientes de actos ilícitos.

Sin duda, el sector bancario se ha configurado a través del tiempo como mecanismo esencial para llevar a cabo las transacciones de dinero, y como hemos mencionado, le ha permitido al sector económico un mayor dinamismo, pues ha permitido la introducción de crédito, con lo que las inversiones pueden ir en incremento. Además ha logrado integrar de manera efectiva la tecnología necesaria para facilitar la actividad humana dentro del ámbito mercantil y económico en general.

Como ya mencionamos, son muchos los mecanismos bancarios utilizados para legitimar capitales, por lo que resulta parte importante mencionar algunos de ellos con el fin de brindar un panorama sobre la controversia que podría generar el amparo otorgado a través del secreto bancario.

2- Métodos y medios utilizados en la legitimación de capitales¹³⁶:

Proceso de ejecución

2.1- Smurfing o estructuración

Como fue mencionado en apartados anteriores, cuando se realizan transacciones de efectivo superiores a diez mil dólares estadounidenses, la ley estipula que el que la entidad bancaria deberá realizar un estudio más específico sobre el origen de ese dinero y sobre el cliente que realice dicho movimiento. Precisamente, la estructuración consiste en realizar depósitos o transacciones de dinero inferiores a esta cifra, a través de diversas personas y utilizando diversos bancos, esto con el fin de evitar que se indague en demasía

¹³⁶ Ver CASTILLO MURILLO, H y QUINTANILLA ESQUIVEL, M (2003) "Análisis teórico y político criminal de las implicaciones jurídico penales del delito de legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas con énfasis en narcotráfico". Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

sobre el dinero en cuestión. Es esta una de las principales debilidades de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo porque nuestra ley señala la obligación de los bancos de verificar la identificación de los clientes y el origen del dinero obtenido¹³⁷ en todo tipo de transacción que involucre más de diez mil dólares estadounidenses; sin embargo, el "smurfing" representa una herramienta idónea para burlar este mecanismo de control, sobre todo cuando se trata de crimen organizado, donde se involucra un alto número de individuos que forman parte de una estructura delictiva bien planificada.

2.2- Crédito

Este es quizá uno de los mecanismos más sencillos, ya que consiste en obtener un crédito por medio de una entidad bancaria, el cual será cancelado con el dinero ilegítimo, que llegará a las arcas del banco. Así, el dinero obtenido a través del préstamo es legítimo, pues en una eventual rendición de cuentas, el legitimador puede aducir que obtuvo el dinero por parte de un banco.

2.3- Cuentas corrientes

Este consiste en la apertura de una cuenta corriente en un banco, procurando depositar en dicha cuenta sumas inferiores a los diez mil dólares. Posterior a ello, los cheques son utilizados para la compra de activos, pago de servicios, o bien para el pago de un crédito obtenido en otro banco, con lo cual podemos ver que podría concatenarse este método con el anterior, o bien varios de estos entre sí. Una vez más asociado con el método del smurfing, resulta ser una posibilidad viable para ocultar la procedencia de ciertos capitales.

2.4- Depósito a plazo

Este consiste en la inversión del dinero a través de un certificado de depósito a plazo, o sea que se deposita una cantidad de dinero en el banco, el cual se compromete a reintegrar en un tiempo específico dicho dinero más los

¹³⁷ Ver artículo 16 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

intereses generados, a través de la constitución de un título valor. Aquí el legitimador busca que el dinero genere intereses a su favor. Está claro que durante el periodo previo al reintegro del depósito por parte del banco no puede utilizarse el dinero; sin embargo, al constituir un título valor, es perfectamente negociable para la compra de bienes o a través de la bolsa de valores, el cual genera liquidez a la transacción.

Al respecto, señalamos el artículo 673 del Código de Comercio:

"La transmisión del título-valor, salvo pacto en contrario, implica no sólo el traspaso de la obligación principal, sino también el de los intereses, dividendos y cualesquiera otras ventajas devengadas y no pagadas. Comprende, además, las garantías que lo respalden, sin necesidad de mención especial de éstas, así como de cualquier otro derecho accesorio.¹³⁸"

Véase entonces, que la constitución del certificado de depósito a plazo por sí misma no es un medio efectivo para la legitimación del capital; sin embargo, las negociaciones realizadas a través de la negociación del título valor generan un ingreso legítimo. Inclusive muchas veces este dinero generado a través de la reinversión del certificado es nuevamente colocado, ya sea en la compra de inmuebles o en otro tipo de títulos valores.

2.5- Bolsa de valores

Íntimamente en relación con el método anterior, se encuentra la incursión de la bolsa de valores dentro de los procedimientos para realizar la legitimación de capitales. Podría mencionarse que los títulos valores no cuentan con gran liquidez; sin embargo, la bolsa de valores se constituye como un mercado importante y de creciente fluidez para negociar los títulos valores, por lo cual al ser un mercado creciente, muchas veces el legitimador logra obtener un buen precio y una compraventa rápida que le otorgue liquidez a su negocio.

¹³⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (1991). "Código de Comercio". Octava edición. San José, Costa Rica. Editorial Porvenir, art. 673.

Sobre este tema específico, debe señalarse que la reserva financiera ha sido instituida también a través de la Ley Reguladora del Mercado de Valores ante el eventual uso de esta información confidencial de establecer el delito de *"uso de información privilegiada"*¹³⁹. En igual sentido, al ser un tipo de actividad que se rige por la supervisión de la Superintendencia General de Valores, le serán aplicados los preceptos pertinentes a la legislación impuesta contra la legitimación de capitales. Pese a lo anterior, sigue este siendo un medio idóneo para la comisión de delitos, aún más ante la presencia de la reserva de información que se maneja en el mercado de valores como vimos anteriormente.

2.6- Banca offshore

Se caracterizan por ser entidades financieras ubicadas fuera del territorio nacional, que tienen poco control, cuyos medios garantizan transacciones rápidas con poco papeleo, y además garantizan el secreto bancario de manera estricta. Por lo general, ubicamos este tipo de centros en los llamados paraísos fiscales, pues los controles son mínimos y el manejo del dinero se lleva a cabo con relativa facilidad, ya que este tipo de entidades por lo general no se encuentran sujetas a órganos superiores que supervisen su actividad: *"Los dineros de origen criminal son trasladados frecuentemente a través de operaciones financieras internacionales para poder lograr estos cometidos. Aquí es donde entran en acción los centros Offshore a través de la venta de compañías instantáneas, que éstas tienen protección a través del secreto bancario además del no tener que pagar impuestos."*¹⁴⁰

Respecto a la realidad nacional, se menciona que la Procuraduría General de la República dejó en claro, mediante el dictamen C320-2005, que la Superintendencia General de Entidades Financieras no puede solicitar información suficiente a los Bancos Offshore, pues al pertenecer estos a un grupo financiero, la ley faculta a la Superintendencia a supervisar directamente

¹³⁹ Ver artículos 245 del Código Penal y 102 y 185 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

¹⁴⁰ RAMÓS SIBAJA, Evans (2003). *"La banca internacional como escudo fiscal, su regulación y supervisión en el ordenamiento jurídico costarricense"*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p. 96.

a la sociedad controladora de estos grupos. Por ende, muchos Bancos Offshore que forman parte del grupo quedan exentos de la supervisión necesaria. La Ley Orgánica del Banco Central en sus artículos 145 y 147 faculta para la solicitud de cierta información por parte de los entes supervisores; sin embargo, como vemos a continuación el citado artículo 147 in fine estipula:

"... Las operaciones que estas entidades realicen en el exterior no estarán sujetas al control monetario del Banco Central ni a la supervisión de los órganos supervisores nacionales, excepto en lo previsto en este capítulo.¹⁴¹"

Lo que quiere decir que existen limitantes a la información que pueden solicitar las entidades supervisoras, específicamente, deberán limitarse a lo establecido en el mismo artículo 147. De ahí que la supervisión en el caso de la banca offshore no contempla todos los supuestos necesarios, en la búsqueda de eliminar una malversación respecto de los capitales que se tramitan, en este tipo de entidades financieras.

2.7- Sistema bancario subterráneo

Si bien lo ubicamos dentro del sector bancario, constituye un factor alternativo, pues es un sistema que *"opera por medio de tiendas de oro, compañías de comercio, casas de mercancías, agencias de viaje y cambistas de dinero¹⁴²"*. Esto quiere decir que no se refiere a bancos en el sentido estricto, y ofrece un escudo a través de la ausencia registros y controles sobre las transacciones realizadas para legitimar el dinero.

2.8- Sistema bancario informal

Al igual que el sistema anterior, este no constituye formalmente la utilización de bancos, pues se refieren más bien al uso de empresas que sirven

¹⁴¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*, Compilado Arias Alptzar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.147.

¹⁴² ALFARO ALFARO, H et al (1999). *"La legitimación de capitales provenientes del narcotráfico según el artículo 72 de la ley n° 7786 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas"*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pp. 101-102.

de fachada para movilizar el dinero, lo cual facilita las actividades ilícitas, debido a la inexistencia de registros y fiscalización¹⁴³, y esto se constituye en un medio facilitador para ocultar la comisión de delitos.

2.9- Sistema bancario internacional

Este es uno de los medios mayormente utilizados para ejecutar la legitimación de capitales, ya que brinda la oportunidad de enviar el dinero lejos del lugar donde se realiza el ilícito. En la actualidad, la geografía no significa una barrera para el traslado de capital de un lugar a otro. Esto ocurre en función de la incursión de la tecnología en la labor bancaria. Para tener un panorama más claro, se expone a modo de ejemplo que muchas veces el lavado de dinero opera a través de empresas que funcionan con una actividad comercial aparente, las cuales mantienen cuentas en bancos nacionales e internacionales cuya función es la de encubrir el dinero resultante del tráfico de drogas, para llevar a cabo posteriormente *"la legitimación de dinero en efectivo proveniente del narcotráfico y que es trasladado por "burros", al país"¹⁴⁴*, ya sea por la inserción del efectivo a través de aeropuertos, vehículos terrestres o por la vía marítima. De modo que tal dinero, una vez depositado, puede ser transferido a través de la banca internacional por medio de giros electrónicos entre las cuentas internas de tales empresas y ser canjeado a través de cheques u otros medios que permitan la compra y venta de activos, desviando así la atención sobre la fuente original de este efectivo (en caso de que se investigue su procedencia).

2.10- Métodos tecnológicos

Ya ha sido ampliamente discutido el beneficio inminente que ha traído la incursión tecnológica dentro del sistema bancario; sin embargo, las nuevas corrientes delictivas han puesto su mirada en dichas herramientas, y la legitimación de capitales ha sido quizá uno de los delitos que más se ha auxiliado de esto para llevar a cabo sus objetivos. Aquí situamos, por ejemplo,

¹⁴³ Fiscalización que sí se aplica en el caso de las instituciones financieras formales que son inscritas a través de los requisitos formulados por la ley de cada país.

¹⁴⁴ *Op. Cit.* CENTRO DE ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN JUDICIAL PARA CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ, p. 145.

las transferencias electrónicas, que permiten las transacciones a nivel global; otro medio son las tarjetas de débito y crédito, que permiten realizar pequeños depósitos que logren burlar los controles de la transacción, y muchos otros que permiten en gran medida evitar la fiscalización.

2.11- Fideicomiso de garantía

El fideicomiso es una figura triangular donde un fideicomitente entrega en este caso específico cierto bien en garantía de un crédito obtenido, a otro sujeto que figura como fiduciario el que administra tales bienes hasta que se cumplan los términos del fideicomiso. Tales bienes generalmente son transmitidos a un fideicomisario o beneficiario. En el caso del fideicomiso de garantía, los bienes son puestos en garantía, esto en razón de garantizar el pago donde el fideicomitente figura como deudor, y estos bienes han de regresar a su patrimonio si cumple con tal prestación. En caso contrario pasarán a la propiedad de la entidad acreedora.

El ilícito ocurre cuando se constituye un fideicomiso de garantía donde el legitimador solicita un préstamo que no paga, otorgando en garantía un bien que tiene conexión con una actividad ilícita, con lo cual se legitima el dinero obtenido a través del fideicomiso.

Vistas todas estas opciones, se analiza la legitimación de capitales como un delito complejo, de grandes proporciones, donde se involucra a un sinnúmero de personas, que cuenta con un soporte tecnológico importante, y más aún, que centra generalmente su atención en la utilización del sistema bancario para lograr su cometido.

Entonces es aquí donde radica la importancia del secreto bancario, ya que si bien es cierto garantiza seguridad y confianza para el cliente al momento de realizar sus movimientos bancarios, puede ser escudo para que los delincuentes se amparen y logren realizar cómodamente el manejo de fondos obtenidos de manera ilegítima.

El problema abarca dos grandes temas por considerar. En primer lugar, la legitimación de capitales es el medio idóneo para encubrir las ganancias generadas por otra actividad que resulta ser ilícita, y que en la mayoría de las oportunidades lesiona intereses generales como la salud pública, o derechos fundamentales como la vida o la autodeterminación sexual. Por ejemplo, en el caso del dinero que proviene del narcotráfico, envuelve el hecho de que la legitimación de este facilita que las drogas sean expedidas frecuentemente, otorgando mayores recursos a quienes se dedican a esto, lo cual termina en un detrimento considerable en el sector salud. Esto quiere decir, que la legitimación de capitales, alberga detrás suyo, actividades lesivas para las personas en un sentido u otro.

En segundo lugar, se tiene el impacto económico que origina la legitimación de capitales, ya supone en muchas ocasiones la creación de negocios utilizados para encubrir la verdadera procedencia del dinero, con lo cual estos negocios logran crecer de manera vertiginosa, lo que implica una desventaja competitiva para otros de su especie.

Así, por ejemplo, si a raíz de cubrir el ingreso de capital ilegítimo se organiza una venta de vehículos, ésta contaría con altos ingresos, lo que les permitiría ofrecer sus productos a un menor precio, lo cual afecta al mercado en general.

De este modo se ve que la legitimación de capitales no solo encubre un delito altamente lesivo, sino que en sí misma incurre en un desbalance comercial y propicia el enriquecimiento desproporcionado en pocas manos, además, los negocios legítimos tendrían una desventaja significativa al momento de competir contra los primeros.

Es debido a esta serie de factores nocivos para la economía y los diferentes bienes jurídicos lesionados, que la legislación ha ido cambiando en función de establecer institutos que traten de erradicar la legitimación de

capitales. Sobresaltamos el hecho de que es precisamente el secreto bancario el medio apropiado sobre el cual se soporta esta actividad. En la actualidad, el problema de la legitimación de capitales ha trascendido fronteras, y ha cobrado un carácter de importancia mundial, sobretodo en una sociedad ampliamente globalizada, en la que las distancias resultan ser cada vez más cortas gracias a la creciente tecnología.

Dado que el deber de reserva financiera es elemento inherente a la actividad bancaria, se entiende que desde el momento en que un cliente tiene contacto con el funcionario del banco nace el secreto bancario, ya que existe un depósito de confianza para llevar a cabo las transacciones y aportar los datos personales necesarios para cumplir las transacciones requeridas.

En este caso, si se contrapone el secreto bancario frente a la legitimación de capitales, no se puede indicar a priori que son antagónicos, pues mucha actividad de "lavado" de dinero se sustenta en el primero para hacer efectivos sus objetivos.

Pero siendo más objetivos, y analizando los bienes jurídicos involucrados, se denota que en la lucha contra la legitimación de capitales lo que existe es un interés colectivo impulsado por el Estado, y por otro lado nos encontramos al secreto bancario, que protege un interés individual, específicamente el sector de la intimidad. En síntesis, existe un choque entre el interés público y el interés individual.

Ya se indicó que el secreto bancario es esencial en la actividad financiera. Por tanto, sería apresurado decir que en este caso prevalece el interés público y que, por ende, debe levantarse la reserva financiera en toda ocasión, pero al mismo tiempo, comprendiendo el detrimento que significa la legitimación de capitales para el sistema económico, es importante delinear entonces hasta dónde ha de llegar dicho deber de cautela sobre la información financiera.

Con todo esto se quiere decir que si bien es cierto el secreto bancario, más que un derecho o un deber, resulta ser una necesidad en el actuar financiero, también es necesario identificarlo como un instituto con restricciones. Por lo tanto, *"una apertura de tal naturaleza no puede llevarse a cabo en forma intempestiva, cualquier apertura debe ser regulada por una ley que armonice el derecho a la intimidad y el interés colectivo de administrar justicia."*¹⁴⁵

Será importante entonces que además de tener en cuenta la necesidad de detener la legitimación de capitales, se reconozca también el derecho a la intimidad, la competencia jurisdiccional necesaria para levantar el secreto bancario, así como la necesidad de que dichas resoluciones sean dictadas con un fundamento suficiente, así como las instancias precisas para impugnar este tipo de resolución.

Si el Estado actúa indiscriminadamente, obteniendo información privilegiada, sin cumplir con restricción alguna, se estaría pisoteando garantías individuales de primer orden.

De acuerdo con todas estas circunstancias expuestas, establecemos como problema central el choque de derechos, lo cual implica que la legislación y el Estado mismo deben ser cautelosos al momento de implementar una normativa que facilite a las autoridades tener acceso a información privada.

Otro problema presente dentro de la comisión de este delito ocurre en la etapa de su investigación, pues supone no solo obtener la debida autorización expedida por autoridad judicial competente para tener facilidad sobre los datos de carácter confidencial, sino que, además -como acotábamos con anterioridad- al tratarse de delincuencia organizada, se involucra una serie de técnicas

¹⁴⁵ FREER CHANG, G y MARTÍNEZ RIVERA, G (2008) *"Propuesta para la determinación de controles de ingreso y salida de dólares americanos en efectivo y la implementación de indicadores financieros como medida para controlar el lavado de dinero"*. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p 58.

complejas que han sido utilizadas para borrar el rastro de dinero que ha sido producto de actividades ilícitas. También, es preciso obtener pruebas contundentes que demuestren sin lugar a dudas que se cometió un ilícito y se logre identificar a los autores y partícipes de tales acciones.

La dificultad al momento de la obtención de elementos probatorios suficientes alcanza una gran dimensión, ya que las autoridades no cuentan con recursos y mecanismos suficientes para constatar los hechos realizados de una manera adecuada. Este tipo de delitos se caracterizan por involucrar sujetos que han logrado acumular grandes sumas de dinero y activos, caso contrario a lo ocurrido dentro de las organizaciones responsables de administrar justicia, las cuales cuentan con un ingreso e infraestructura ínfima en relación con las conformaciones delictivas por investigar.

Esto quiere decir que quienes fraguan la legitimación de capitales, generalmente tienen un alto número de instrumentos que les permiten desarrollar este dispositivo de manera encubierta, con lo cual logran disipar las pruebas que podrían inculparlos.

Se suma a lo anterior el hecho de que la legitimación de capitales ostenta generalmente un carácter de delito internacional, pues a menudo se configura toda una red delictiva de la cual forman parte sujetos e instancias de diferentes países, lo cual dificulta aún más la labor del investigador.

Es en este punto donde el secreto bancario puede llegar a jugar un papel de protagonismo, pues muchas veces los movimientos de capital son únicamente rastreables a partir de la información bancaria.

Luego de este planteamiento, se puede pensar que el secreto bancario ha otorgado el escudo necesario para encubrir la legitimación de capitales, situación que sí ocurre en muchos medios; sin embargo, luego de una adecuación normativa en Costa Rica, procura evitarse que esta situación llegue

a ocurrir, ya que se ha tratado de imponer límites o supuestos en los cuales prevalezca el interés colectivo, y se logre tener acceso a este tipo de información privilegiada.

Respecto al sector bancario, se puede anotar que si bien es cierto, muchas entidades financieras participan en el manejo de dinero ilegítimo conscientes de tal situación, también ocurre en muchos casos que las arcas del banco manejen dinero de este tipo con un total desconocimiento de su origen.

Pero este aspecto no queda circunscrito de manera exclusiva dentro de los límites de nuestro país, pues en vista del factor global de este delito, se ha establecido la cooperación internacional, contemplando inclusive el levantamiento del secreto bancario. Así lo esgrima el artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en su inciso 3:

"A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario."¹⁴⁶

Queda a la vista nuevamente la implementación de normativa, no solo en nuestro país, sino a nivel internacional, que establezca límites al alcance de la reserva impuesta por el secreto bancario.

Este tipo de legislación es el resultado de una necesidad creciente de cooperación entre las naciones, sobre todo ante la abundancia de transacciones realizadas entre cuentas bancarias ubicadas en todo el planeta, pues la tecnología es el mejor método para trascender fronteras. Esto llega a permitir la

¹⁴⁶ Organización de Estados Americanos. (2009). http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per_Con_NNUU_con_tr%C3%A1fico_il%C3%A9g_de_estu.pdf. Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, art 5 [Consulta: 30 marzo 2009].

extraterritorialidad de la ley penal en muchos casos, la cual envuelve la posibilidad de aplicar la legislación nacional, pese a que el delito haya sido cometido en el extranjero.

Es probable que muchas políticas financieras indiquen que debe favorecerse la reserva en el sector bancario, y otorgar mayores facilidades, con el fin de atraer la inversión extranjera; sin embargo, los delitos de cuello blanco han hecho necesaria la implementación de este tipo de normativa.

Sin duda, queda plasmado en este apartado que el levantamiento del secreto bancario resulta indispensable para combatir la comisión de ciertos delitos; no obstante, esta normativa deberá respetar el derecho a la intimidad de los individuos, pues las injerencias arbitrarias en el contexto financiero podrían traer como consecuencia la pérdida de confianza en las entidades bancarias y financieras, ya que las transacciones dirigidas a la inversión y utilización de servicios bancarios requieren por parte del cliente de un grado de confianza que le permita llevar a cabo movimientos financieros, gozando de un margen de intimidad.

En resumen, la eliminación total del secreto bancario traería consigo efectos negativos para el sistema económico nacional. Pese a esto, reiteramos que una efectiva regulación de este instituto resulta totalmente indispensable, a fin de resguardar el interés público y la correcta aplicación de la justicia penal. Por ende, lo pertinente sería flexibilizar el secreto bancario, tomando en cuenta ambos intereses implicados.

B- Evasión fiscal

El interés principal, en este apartado, radica en asociar el secreto bancario como instrumento facilitador de la evasión fiscal; sin embargo, es necesario, señalar tanto el concepto como ciertas implicaciones jurídicas y sociales que acarrea la evasión fiscal. Este concepto ostenta una multiplicidad conceptual, pues es estudiado a través de diferentes nombres. Se le conoce como fraude,

evasión o defraudación fiscal o tributaria y otros análogos, pero lo realmente importante es reconocer e identificar que la aplicación rígida del secreto bancario, constituye el medio idóneo para evadir el deber tributario.

"La evasión tributaria, consiste en toda eliminación o disminución de una obligación tributaria producida dentro del ámbito de competencia de la autoridad fiscal de un país, por parte de quienes están jurídicamente obligados a acreditarlo y que logran tal resultado mediante conductas fraudulentas u omisivas violatorias de disposiciones legales.¹⁴⁷"

Lejos del marco jurídico, es preciso analizar también el contexto social y económico que involucra la comisión de tales delitos, ya que consisten básicamente en evitar el pago de impuestos, ya sea de forma total o parcial, lo cual significa una reducción en la recaudación de impuestos, que vale decir, constituyen uno de los ingresos principales del Estado. Esto quiere decir, que parte del patrimonio común lo constituye el ingreso a través de los impuestos, y si bien es cierto ha existido una discusión creciente sobre el uso adecuado de estos dineros, lo concreto aquí es señalar el menoscabo económico que sufre el Estado.

Además de citar la comisión de delitos, hay que precisar que la evasión fiscal muchas veces se produce a través de conductas perfectamente legales, lo cual quiere decir que muchas veces los sujetos utilizan los instrumentos legales a su alcance para evadir su deber tributario sin necesidad de contravenir el ordenamiento. Esto evidencia profundas deficiencias en la legislación tributaria.

Pero sobretodo, resulta importante analizar si la aplicación normativa existente sobre el secreto bancario puede servir como escudo fiscal, lo cual arrojaría como resultado una conclusión desfavorable para esta legislación.

Como ejemplo, se puede señalar que actualmente no existe un control cruzado de información entre las entidades financieras y la administración

¹⁴⁷ Ver RAMÓS SIBAJA, *op. cit.*, pp. 93-94.

tributaria¹⁴⁸. Esto podría contribuir a la evasión fiscal; por ejemplo, podría ocurrir el supuesto de que un individuo obtenga una propiedad en una suma determinada de dinero, pero que el valor del contrato sea presentado al registro público por una cifra inferior, a fin de cancelar una suma menor por concepto de impuesto territorial; pese a ello, una entidad bancaria podría conocer el valor real del contrato, si las partes negociantes acuden a esta a hacer la transacción del dinero, ya que el banco tiene la facultad y obligación de solicitar información específica en sumas superiores a los diez mil dólares americanos; sin embargo, el banco no suministrará esta información a la administración tributaria salvo que mediase una orden judicial que así lo solicite.

Esto quiere decir que la administración tributaria sí puede tener acceso a los datos bancarios a través de una resolución judicial que lo ordene, pero debe existir una sospecha fundada que justifique tal procedimiento; por lo tanto, no es accesible dicha información con motivo de fiscalizar la correcta aplicación en el cobro tributario, como un procedimiento ordinario.

Esto propone que específicamente en nuestro país, el secreto bancario constituye un elemento rígido para la Administración Tributaria, que se perfila como un escudo apto para la evasión fiscal. Tal deficiencia es visible en nuestro ordenamiento. Aquí citamos el artículo 105 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios:

"...La Administración no podrá exigir información a:

b) Las personas que, por disposición legal expresa, pueden invocar el secreto profesional, en cuanto a la información amparada por él. Sin embargo, los profesionales no podrán alegar el secreto profesional para impedir la comprobación de su propia situación tributaria.

¹⁴⁸ Ver artículo 99 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

c) Los funcionarios que, por disposición legal, están obligados a guardar secreto de datos, correspondencia o comunicaciones en general...¹⁴⁹ "

Pese a esto, esta normativa no restringe de manera absoluta el acceso a las cuentas bancarias, pues aquí recordamos que precisamente el secreto bancario es una modalidad del secreto profesional; sin embargo, el artículo 106 del mismo código permite a la administración tributaria solicitar información de este tipo, pero bajo ciertos requerimientos:

*"...e) Los bancos, las instituciones de crédito y las financieras, públicas o privadas, deberán proporcionar información relativa a las operaciones financieras y económicas de sus clientes o usuarios. En este caso, el Director General de la Tributación Directa, mediante resolución fundada, solicitará a la autoridad judicial competente que **ordene entregar esa información**, siempre que se cumpla con lo establecido en los párrafos siguientes de este artículo.*

*Asimismo, deberá demostrarse, en la solicitud, la **existencia de evidencias sólidas de la configuración potencial de un acto ilícito tributario.***

*Además, en la solicitud podrá incluirse información sobre terceros contribuyentes cuando, a raíz de la investigación de uno de los contribuyentes que cumpla con los requisitos anteriores, se determine que estos terceros **podrían estar vinculados con actos ilícitos tributarios...**¹⁵⁰ " (Resaltado no es del original)*

Queda claro entonces que la administración tributaria podrá solicitar información bancaria sobre algún contribuyente, solo en caso de que se enfrente a una situación que evidencie por parte del administrado una actividad

¹⁴⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Código de Normas y Procedimientos Tributarios"*. Décimo primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 105, incisos a y c.

¹⁵⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Código de Normas y Procedimientos Tributarios"*. Décimo primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 106.

fraudulenta, que debe ser respaldada además por una investigación, para solicitar la respectiva orden judicial que indica de manera previa.

Con respecto a este caso particular, ha señalado la Sala Constitucional que *"Los artículos 36, 37, 39, 40, 44 y 48 de la Constitución Política crean una serie de derechos y garantías a favor de las personas para protegerlas, a ellas y a sus familias de injerencias ilegítimas, en la investigación de hechos delictivos, exigiendo que al menos exista un indicio comprobado de que han cometido delito, para autorizar la intromisión de la autoridad pública en algunas áreas de su círculo de intimidad"*¹⁵¹ //

Por ende, resulta necesario evaluar si en los casos en que se involucra el patrimonio fiscal es necesario que existan indicios, o bien, si el interés público radica en establecer lineamientos que faciliten una efectiva fiscalización sobre el actuar tributario en nuestro país.

Esto es precisamente una debilidad en el sistema fiscal costarricense, pues según el criterio, de quien presenta esta tesis, el Estado no puede realizar un verdadero control sobre los movimientos financieros de los contribuyentes, máxime en un entorno social y económico como en el que vivimos, donde las transacciones bancarias involucran una parte importante del patrimonio de las personas, y reflejan en gran parte la situación pecuniaria de los sujetos que integran una sociedad.

Es válido afirmar entonces que el ordenamiento jurídico nacional ofrece a través del instituto del secreto bancario un válido y sólido instrumento que facilita en gran medida la evasión fiscal. Al respecto, es importante señalar que la evasión fiscal no es un delito tipificado con esa denominación dentro de nuestra legislación. Aunque el Código de Normas y Procedimientos Tributarios contempla delitos de tal índole, utilizaremos tanto este término como análogos con el fin de hacer un análisis más práctico del asunto, trayéndolo como

¹⁵¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:30 09-10-1990). "Voto N° 1261-90". San José, Costa Rica.

término genérico para denominar cualquier acción orientada ocasionar un perjuicio a la hacienda pública.

En este punto, sacamos a relucir que la evasión fiscal es generalmente asociada con el concepto de Paraíso Fiscal, y es que en la actualidad, la lucha contra los delitos de cuello blanco se ha convertido en una creciente necesidad dentro de todas las naciones, sobre todo porque estos constituyen por lo general delitos bien organizados, que logran en muchas ocasiones erosionar el curso normal de los mercados nacional e internacionales e inclusive, como lo es en el caso de la evasión fiscal, con lo cual se consuman delitos que defraudan los ingresos del Estado.

Como ha sido anotado, la defraudación fiscal se vincula de manera directa con los paraísos fiscales, concepto que a la postre llega a dañar de manera sensible el prestigio de un país, sobre todo porque tal clasificación puede acarrear sanciones de índole diplomática y comercial, lo cual significaría un alto costo para las relaciones internacionales de un país.

Para entrar de lleno en este tema, debe tenerse clara la concepción de paraíso fiscal, y aunque la doctrina no presenta un concepto unívoco al respecto, aportamos una significación para nuestros efectos y evitando entrar en una discusión conceptual, la siguiente concepción analiza a los paraísos fiscales como *"aquellos territorios o Estados que se caracterizan por la escasa o nula tributación a que someten a determinadas personas o entidades que, en dichas jurisdicciones, encuentran su cobertura o amparo."*¹⁵²

Este tipo de territorios pueden caracterizarse por tener una legislación liberal, que no contempla muchos elementos presentes en la normativa de otros territorios. Como ejemplo citamos la ausencia de encajes mínimos legales, los cuales constituyen reservas obligatorias que deben constituir cantidades que cubran riesgos como retiros masivos de capital u otros, lo cual involucra un

¹⁵² Ver RAMÓS SIBAJA, *op. cit.*, p. 63.

costo mayor en el cobro de los servicios de intermediación financiera que ofrecen las entidades. También en ciertas oportunidades, las instituciones situadas en los paraísos fiscales no tienen parámetros que fijen el máximo o mínimo en las tasas de interés que se pagan o cobran a los clientes. En igual sentido ofrecen menores costos en las operaciones, así como la libertad de colocar créditos con mayor facilidad. Muchas veces también hay inexistencia de intermediarios en la entrada de divisas extranjeras o fijación en sus precios.

Pero aún más importante es señalar de manera puntual que los paraísos fiscales son verdaderos escudos ante la tributación, pues facilitan muchas veces que diferentes individuos o empresas recurran a eludir los impuestos de su país de origen colocando su patrimonio en estos territorios de baja imposición fiscal.

Toda esta problemática tiende a tener una connotación mundial, pues cuando un país es enmarcado dentro del concepto de paraíso fiscal, pasa a ser centro de operaciones de muchas empresas que buscan evadir la imposición fiscal de sus respectivos países, pero además llegan a acaparar la atención de los países económicamente poderosos, en el sentido de que éstos buscan erradicar los paraísos fiscal sin demora.

Este panorama afecta actualmente a nuestro país. Concretamente el presente año, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), incluyó a Costa Rica dentro de una lista de paraísos fiscales¹⁵³. La principal problemática para nuestro país radica en que la OCDE es considerada una de las organizaciones internacionales intergubernamentales con mayor trascendencia mundial, la cual está conformada en la actualidad por treinta países caracterizados por poseer un alto grado de desarrollo económico. Buscan a través de esta organización plantear políticas de expansión económica mundial, a través de foros de discusión y diversas publicaciones que planteen alternativas respecto a la creación y utilización de nuevas fórmulas tecnológicas, jurídicas y políticas entre otras, que consigan preservar un

¹⁵³ PERIÓDICO LA NACIÓN. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 6 de abril de 2009 [Consulta: 01 Junio 2009].

ambiente favorable para la economía mundial, e incluso hacer recomendaciones que logren evitar situaciones que puedan menoscabar el entorno económico internacional, tratando temas diversos como educación, energía, inversiones, medio ambiente, transporte, turismo, ciencia, tecnología, asuntos fiscales y otros de trascendencia mundial.

La publicación de esta lista ha sido petición de los G-20¹⁵⁴, otra organización internacional, conformada por ministros de finanzas, gobernadores de bancos centrales de países altamente desarrollados y otros personeros, en representación de los países más industrializados actualmente, que se reúnen a fin de cooperar entre sí, sobre temas que tienen que ver con el sistema financiero internacional.

Lo particular del asunto radica en que este tipo de organizaciones tienen un alto perfil a nivel internacional; por lo tanto, la inclusión de nuestro país dentro del término de "paraíso fiscal" tiene una connotación peyorativa, lo que nos pondría en malos términos dentro de los mercados mundiales, e inclusive podría acarrear sanciones a nivel mercantil, siempre recordando que la buena relación comercial con otros países es pilar fundamental de nuestra economía.

A raíz de este inconveniente, el gobierno nacional reconoce un problema inminente, y se ha comprometido a realizar cambios en nuestra legislación. De manera específica, se busca corregir las deficiencias ya citadas en nuestro Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que busquen un vínculo amigable entre la información bancaria y la administración tributaria.

Si bien es cierto algunas esferas de la intimidad están garantizadas por la Constitución Política, también debe tenerse en cuenta que la realización de actos preventivos a través de la utilización de información bancaria de los contribuyentes, podría ayudar a erradicar la defraudación fiscal, por lo tanto, esto acarrea un bienestar mayor para el país en general.

¹⁵⁴ G-20. (2009). <<http://www.g20.org>>. Página Oficial G-20. [Consulta: 01 Junio 2009].

Lo más importante para este análisis recae en que existe un problema normativo, y pese a que existen tesis encontradas respecto a esta flexibilización del secreto bancario para asuntos tributarios, lo de rigor sería realizar un examen consciente sobre el beneficio final que podría darse, si se le dota de suficientes recursos jurídicos a la administración tributaria.

Aquí el problema tiene una visión internacional; al ser evidente que el secreto bancario debe hacerse más flexible en cuestiones de índole tributaria. Una vez más se reafirma nuestra hipótesis, pues las deficiencias normativas han trascendido fronteras, e incluso se plantean proyectos de ley a fin de realizar las reformas pertinentes. Pero nuestro enfoque va más allá de este puntual inconveniente, pues es claro que el secreto bancario se encuentra legislado de manera escueta, dispersa y contiene vacíos normativos importantes. El hecho de que sean organizaciones internacionales las que vengán a propulsar reformas resulta una contrariedad, pues nuestro país cuenta con herramientas jurídicas suficientes para promulgar cambios notorios que salvaguarden tanto a bancos, como clientes, funcionarios, administración y demás personas involucradas de intromisiones a la intimidad bancaria, pero a su vez que garanticen un desempeño óptimo de la economía, de las finanzas estatales y del interés público.

Para finalizar este acápite, se centra la atención del lector en el sentido de que si bien es cierto el secreto bancario es un instrumento utilizado para cometer actos ilícitos, no solo la legitimación de capitales y la evasión fiscal están presentes, sino que para distraer fondos que logren lesionar intereses privados de acreedores y muchas otras acciones que contravienen el ordenamiento, también es deber acotar que la figura del secreto bancario es instaurada en principio para garantizar la fidelidad de las entidades financieras respecto a su cliente, y crear una atmósfera fiable, que le otorgue mayor comodidad para realizar sus transacciones. En síntesis, el secreto bancario es un derecho innegable, y pese a que múltiples veces se niega su sustento constitucional y se le atribuye meramente una raíz de legalidad, es indudable que se desprende del derecho a la intimidad y por ende es importante

preservarlo. Los conflictos generados en este país respecto al tema radican en un alto porcentaje donde el secreto bancario se ubica en una zona gris dentro de la normativa nacional. Esto quiere decir que la legislación creada para llevar a cabo su regulación es carente de elementos suficientes para garantizar el bienestar de los clientes bancarios, pero, a su vez, carece de dispositivos que erradiquen su utilización en fines ilícitos. Se toma como centro de este apartado la evasión fiscal y la legitimación de capitales, en función del impacto social que generan este tipo de ilícitos, por lo cual se busca fundar bases para establecer la trascendencia de estos delitos, y ubicar la conexión que existe entre éstos y el secreto bancario.

TÍTULO II

ORIGEN Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Capítulo I

Fundamento y estructura del derecho a la Información

Sección I

Elementos políticos, sociales y jurídicos del libre acceso a la información

Para tener una noción más clara, sobre la libertad de información, es necesario definirla como una libertad de carácter individual y subjetiva, que consiste en el libre acceso a buscar, recibir y difundir de Información, o bien a abstenerse de hacerlo.

Es preciso, aclarar que este tema difiere de la libertad de expresión, la cual consiste en la manifestación de la conciencia, el pensamiento y la opinión subjetiva, ya que obtener información es más bien tener injerencia en la esfera de datos que pueden corresponder a un titular diferente del que ejerce la libertad de información.

De tal modo, en este apartado, la investigación se centrará en los elementos que conforman este derecho, pues bien se sabe, que todo derecho constitucional, tiene un fundamento social, y diversos elementos que lo configuran.

Previo a tratar el tema, debe recordarse que el interés principal radica en comprobar las deficiencias normativas actuales sobre el secreto bancario. Pese a ello, el tema del derecho a la información de manera inevitable se relaciona al primero, ya que la reserva financiera resulta ser una limitante en cuanto a la libertad de acceder información se refiere. Por ende, es importante tener en cuenta que éste no es un derecho irrestricto y sobretodo que las transacciones realizadas a partir de la intermediación financiera se perfilan como un tema de sigilo, todo en busca de la protección de los clientes de las diversas instituciones que se dedican a dicha actividad.

La sociedad y la información tienen un nexo importante, ya que la información hace al ser humano un ser social, para que se desenvuelva de manera óptima y adquiera los elementos necesarios para su desarrollo e inserción en el rol que la sociedad le otorga. Por este medio recaba e inclusive transforma la información y, a la vez, el sujeto puede dar un rumbo específico a sus acciones, y así difundir y almacenar tal información. Un ejemplo claro de este auge de la información lo vemos con el avance tecnológico, que es un elemento que ha tratado de hacer más certera, eficaz y veloz el acceso a la información por parte de los individuos, quienes finalmente la reciben. También es necesario señalar que los datos obtenidos llegan al sujeto, quien determina si los utiliza o no de manera racional y en beneficio de sí mismo y su entorno; sobre todo porque hoy en día la información se caracteriza por ser abundante, continua, universal y en muchos casos confusa.

Modernamente, la época presente es definida como aquella en la cual los individuos están mejor informados, pues *"nunca antes se había contado con tantos recursos informativos, tanto en calidad como en cantidad"¹⁵⁵*, sin embargo, esta afirmación está lejos de la realidad, pues existen diversos problemas de fondo que llegan a tergiversar la información para inferir directamente en el actuar de los individuos. Dentro de estos problemas tenemos que la información ha adquirido un carácter altamente comercial, ya que se basa en la ley de la oferta y la demanda, es decir, ha perdido en cierta medida el curso educativo y se ha convertido en un medio difusor de mercancías, situación que le otorga un valor económico a la verdad, lo cual origina una disputa entre los medios informativos por acaparar a los consumidores. Por otro lado, tenemos que los medios informativos se caracterizan por su alta tecnología, lo que significa costos elevados, pues se trabaja con tecnología digital, ondas, y otros avances que hacen inaccesible el acceso a cierto sector social. Todo este panorama nos acerca a la conclusión de que en razón de los elevados costos informativos, la información es canalizada y transmitida por un pequeño número de empresas que controlan la forma y

¹⁵⁵ LÓPEZ AYLÓN, Sergio (1984). *"El derecho a la información"*. Primera edición. México. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., p 66.

distribución de la información, es decir, se convierten en un instrumento de control y sometimiento económico, político y cultural.

Esta vertiente permite visualizar la información como un instrumento de poder, que muchas veces hace que los sujetos insertos en una sociedad pierdan su reacción crítica ante las diversas situaciones que deban enfrentar.

En la actualidad, el conseguir datos es sencillo, al menos para cierto sector de la población, pues la información masiva se obtiene a través de diversos medios, lo cual muchas veces hace que no seamos selectivos frente a tal flujo indiscriminado de referencias y sobretodo, que la información accedida no sea utilizada de manera idónea o en perjuicio de terceros. Es aquí donde se puede transgredir la esfera privada de otros individuos, e infringir el derecho a la intimidad, situación que será centro de nuestra investigación.

A- Fundamentos de la comunicación y la información

Al referirse al evento comunicativo, es cabal establecer que es parte trascendental del derecho, siendo este último producto de la interacción social, y que trata de regular los vínculos existentes entre individuos y grupos de individuos, con el fin de evitar que se suscite una situación de despotismo, de igual forma evitando llegar hasta el punto de la anarquía. Así pues, es necesario recurrir en el accionar social a la comunicación y a la información, que son procesos sociales que son indelebles en los eventos sociales.

El principal sustento de estos radica en que sin comunicación, el desenvolvimiento de un ser humano relacionado con los demás sería totalmente estático, y es a través de la comunicación que se tiene acceso a la información, la cual facilita las herramientas para nuestro desempeño, por lo tanto es un proceso que facilita el intercambio de ideas, pensamientos, noticias e inclusive el quehacer individual y colectivo. Por ende, podemos centrar como fundamento prioritario de la comunicación y la información a la interacción social, que es el pilar fundamental de la sociedad y todos sus componentes.

Al abordar el tema de la información y al recalcar su importancia dentro del entorno social, resulta útil mencionar que *"la información es así no sólo ordenadora, sino creadora de la realidad"¹⁵⁶*, lo cual denota la importancia del acceso a la información, pues el medio en el cual se desarrollan los sujetos sociales es producto de una serie de interacciones, que constituyen hechos que una vez procesados, integran la información necesaria para ser transmitida y lograr crear en los individuos criterios diversos sobre la realidad social en todos los contextos que abarque dicho examen de datos.

¹⁵⁶ LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (1984). *"El derecho a la información"*. Primera edición. México. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A. p 17.

Sección II

Vínculo entre derecho e información

El acceso a la información, al igual que muchas otras interacciones sociales, han sido objeto de regulación por parte del Derecho, sin embargo, esta disciplina jurídica se encuentra limitada y con grandes vacíos. Así lo señala DESANTES GUANTER¹⁵⁷, al decir que el ordenamiento que regula la información se reduce a sectores específicos que regulan sobretudo las empresas informativas, dejando de lado propiamente el derecho de informar y recibir información por otras vías. Más específicamente criticamos el hecho de que la normativa actual se centra en los sujetos que emiten la información, pero existe poca normativa con respecto al sujeto como receptor de la información.

Con respecto a la información, debe recordarse en primera instancia su implicación con el proceso comunicativo, y el establecimiento de la difusión informativa como una verdadera necesidad de la organización social e individual, por lo tanto se convierte en un instrumento susceptible de protección jurídica.

La información se conceptualiza como el conjunto de datos, ideas, registros y pensamientos que forman un banco de datos universal o específico, de carácter público o privado, que otorga conocimientos en ramas específicas de estudio.

Si ligamos el término Derecho al de información, podemos vislumbrarlo como la protección de instituciones sociales y políticas que reconocen el derecho a la información, como un mecanismo protegido y garantizado por el estado, para ser ejercido plenamente, siempre que no transgredan los límites planteados por el mismo aparato estatal.

Pero más estructurado aún, el nexo entre estos conceptos se acentúa con instrumentos de Derecho Internacional, como la Declaración Universal de

¹⁵⁷ DESANTES GUANTER, José María (1974). *“La información como derecho”*. Madrid, España. Editora Nacional, p 32.

los Derechos Humanos que estipula en su artículo 19: *"Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."*¹⁵⁸, lo cual deja en evidencia que la relación derecho – información va más allá de la implementación jurídica de nuestro país.

Dicha vinculación se refiere a la necesidad de que el derecho a la información adopte un marco legal que delimite de manera clara hasta dónde llega éste, y a la vez que garantice la posibilidad del individuo de informarse, con lo cual se evita que se lesionen otros intereses protegidos mediante una esfera autónoma de privacidad que garantiza la intimidad. Pero, no debemos limitar esta conjunción al ámbito jurídico, pues es bien sabido que la relación intrínseca entre el Derecho y la información se deriva a través de todo el entrelazado de correspondencias entre el flujo de la información y muchos otros elementos sociales que estudiaremos seguidamente.

A- Información y política

La política representa una esfera básica de la sociedad, por tanto, el hombre desarrolla diversas formas políticas en función del sistema social en el cual se desarrolla¹⁵⁹. La organización política por excelencia, al menos en la actualidad, es el Estado, el cual debe velar por su cohesión, sus intereses, su soberanía y garantizar a los individuos que están bajo su protección, una gama de mecanismos que dicten parámetros a seguir para establecer el orden social.

Como primer elemento importante entre la información y la política se tiene que esta relación ha encontrado su rumbo en razón de las luchas políticas y de los sistemas de gobierno implantados en un determinado espacio territorial.

¹⁵⁸ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (1988). *"Declaración Universal de Derechos Humanos."* Primera edición. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, art. 19.

¹⁵⁹ Ver en este sentido, CERRONI, HUMBERTO (1981). *"Introducción al pensamiento político"*. Décimo segunda edición. México. Editorial Siglo XXI.

Así lo señala LÓPEZ AYLLÓN: *"Existen así diversos modos de entender las funciones y el carácter de la información de acuerdo con la ideología y el proyecto político que prevalece en una sociedad"*¹⁶⁰.

Por ejemplo, en una organización política democrática, su funcionamiento en cuanto a los sistemas de comunicación será caracterizado por tener un carácter participativo, donde influyan diversos grupos exponentes de diferentes corrientes de pensamiento. De igual manera, en un sistema totalitario, el control respecto a la información será parte de la política implementada por el gobierno.

Otro factor importante es analizar la difusión de la información como elemento fundamental para el ejercicio del poder. La actualidad de la nación, el accionar internacional, el quehacer legislativo y judicial, la emisión de decretos y muchos otros acontecimientos son necesarios para mantener el adecuado funcionamiento del sistema gubernamental; por ende, el acceder de manera eficiente a tales datos es de suma importancia. Asimismo, la identidad nacional, se configura como componente esencial del sistema político, y esta se forma a través de símbolos, estrategias y la implantación de todo un sistema axiológico, que llega al conocimiento de cada individuo integrante de la sociedad a través de la información.

Al recapitular sobre este apartado, se puede resumir que el ejercicio del poder es en buena medida a través de la información que se propaga entre la masa de individuos que se encuentra bajo la tutela de un sistema político determinado. Es decir, que un sistema político difunde su línea de pensamiento, y en cierta medida se justifica, tratando de tener injerencia en la opinión pública, con el fin de legitimar su marco de acción.

Anteriormente se habló del Estado como máxima expresión de la política en acción; sin embargo, la política tiene muchos más actores y elementos, tales

¹⁶⁰ Ver LÓPEZ AYLLÓN *op. cit.*, p 53.

como los partidos políticos, que en nuestros días configuran parte importante de la vida política.

Es aquí donde se vislumbra otro nexo importante entre la información y los partidos políticos, pues estos últimos requieren de la propaganda para promocionar sus ideas y lograr cada día más adeptos que los apoyen. Esta propaganda es realizada a través de foros, pancartas, reuniones, televisión, radio, internet y otros medios, todos dirigidos a difundir sus programas políticos, e implantar justificación a su propuesta gubernamental.

De todas estas ideas se puede inferir la necesidad que existe de regular de manera prudente el derecho a la información, pues su impacto puede repercutir directamente en el sector político. De ahí que el Estado debe ocuparse de tal requerimiento.

B- Información y economía

Aquí se va a plantear la importancia que tiene la información dentro de la economía, sobretodo en un mundo globalizado, donde el mercadeo se ha transformado en uno de los mecanismos de más auge para el desarrollo económico. La cuestión principal será referimos a que el mercadeo hace despegar vertiginosamente la economía, claro está, si es a través de una estrategia bien formulada, y capaz de calar dentro del público al que se busca interceptar. De tal forma, que la correcta aplicación de técnicas de mercadeo traerá consigo la amplitud mercantil, que a su vez va a acarrear mediante el aumento de demanda, el desarrollo de medios de producción, infraestructura, mano de obra y otros factores determinantes dentro de la economía.

Lo que debemos tener claro es que la difusión de información es trascendental, no solo porque permite comunicar de manera masiva las ventajas económicas y estructurales de un determinado producto o actividad, sino también, porque a través de esto se logra mantener un enfoque global y local de la economía, lo cual va a permitir mecanismos más eficientes para la

toma de decisiones de corte económico dentro de las empresas, e inclusive de los Estados.

Es decir, que aunque el mercadeo resulta importante, no solo la publicidad comercial está presente al relacionar la información y la economía, pues a través de la información que acceden los protagonistas del plano económico. Estos datos son diversos. Incluimos aquí, planillas, recursos humanos, cantidades de producción, balanza de oferta – demanda, precios internacionales, movimientos accionarios, y otros elementos propios del desempeño mercantil internacional.

A manera de ejemplo, se señala el caso específico de TELETEC S.A, empresa dedicada al manejo de información crediticia de los individuos, cuya misión especifican de la siguiente manera en su página electrónica: *“Proveer información de comportamiento económico de empresas, personas, sectores económicos, análisis de segmentos de mercados, servicios en gestión de carteras crediticias, a través, de la integración de tecnología, conocimiento, creatividad e innovación.”*¹⁶¹. En resumen, la empresa ofrece a sus afiliados, a través de su portal en internet, la posibilidad de consultar datos personales e historial crediticio de una persona, lo cual indica que un individuo que eventualmente asista a una empresa afiliada a este sistema, al requerir de un crédito, será sujeto de estudio dentro de estos datos recopilados, con el fin de analizar si su récord de crédito le ubica como un buen candidato al préstamo. De esta forma, la empresa puede consultar datos como nombre, sexo, edad, estado civil, fecha de nacimiento, números de teléfono, parentescos, registro de cuentas corrientes, información sobre remates judiciales, registro de procesos judiciales civiles inactivos, cuentas corrientes, estudios registrales de bienes muebles e inmuebles, y muchos otros, tanto de personas físicas como jurídicas. Ahora bien, cualquier sujeto podría pretender que su derecho a la intimidad está siendo lesionado con este tipo de fluido electrónico de datos, los cuales si se observan detalladamente, pueden clasificarse como información personal;

¹⁶¹ TELETEC S.A (2008). < <http://www.infocredito.com> >. [Consulta: 7 octubre.2008].

recordando que la Constitución Política establece una protección especial a la intimidad. Sin embargo, traemos a colación una vez más que la información se perfila como un factor de incidencia directa en la economía, de manera que debe estar adscrita a un régimen informativo claro y eficaz, con el fin de garantizar transacciones más seguras, que apunten al desarrollo económico de los individuos y de la nación en general. En cuanto a este paradigma, la Sala Constitucional pronunció que: *"Los datos relativos al comportamiento legítimo de una persona como usuario del sistema financiero se encuentran protegidos por el secreto bancario. No obstante, en situaciones en que un cliente haya incurrido en incumplimientos graves a sus obligaciones financieras, se ha considerado válido sistematizar y transferir alguna de su información crediticia, como una forma de atemperar el riesgo. Con base en un registro de inadecuado comportamiento crediticio, resulta válido que una entidad financiera niegue o imponga determinadas condiciones a una persona que le solicita un crédito¹⁶²".*

Este voto corresponde precisamente a un recurso de amparo interpuesto contra la citada empresa, en función de proteger el derecho a la intimidad; sin embargo, la Sala Constitucional resulta clara en su redacción, al indicar que en función de promover una atmósfera más segura para el sistema financiero, es permitido en este tipo de relación acceder a estos datos, con el fin de determinar el comportamiento de un individuo como acreedor a través del manejo de su historial, enfatizando, a su vez, que dicha información debe ser veraz y correctamente recopilada.

Este voto trae consigo una importante línea jurisprudencial que protege el manejo de información, en tanto exista una relación favorable para el sistema financiero en razón del uso de los datos correspondientes a las personas¹⁶³.

¹⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:53 19-06-2008.) "Yoto N°10268-08". San José, Costa Rica.

¹⁶³ En igual sentido ubicamos otras entidades dedicadas al almacenamiento y suministro de este tipo de información. Al respecto señalamos otra conocida base de datos: *Datum* <<http://www.datum.net>>.

Una situación similar acontece cuando: *"La Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) defendió que los bancos pidan el historial crediticio a sus clientes y dijo que la medida procura evitar riesgos que atenten contra la estabilidad de esas instituciones¹⁶⁴".*

En este otro caso particular, se denota cómo el saneamiento de la economía va directamente relacionado con el manejo de antecedentes crediticios de los individuos, siendo por algunas personas visto como una lesión a su intimidad; sin embargo, son claros los criterios expresados, tanto por la Sala Constitucional como por la Superintendencia General de Entidades Financieras, al señalar que existe un interés aún mayor al manejar información crediticia, buscando siempre el bienestar del sistema financiero. Ciertamente, aquí lo que se hace es visualizar el historial financiero de un cliente potencial, y basado en ello, se crea un perfil de la persona para determinar si resultaría conveniente efectuar un crédito a su favor. Esto indica que el historial crediticio de un individuo podría generar opiniones favorables o adversas para la obtención de un eventual crédito; pese a ello, debemos ser objetivos y analizar los intereses involucrados, pues la actividad financiera involucra riesgos que deben ser minimizados, esto siempre en la búsqueda de un efectivo crecimiento financiero no solo de las instituciones bancarias, sino del país en general.

Es aquí donde se visualiza que la economía tiene un vínculo fuerte con la información, ya que su contenido resultaría vacío, sin datos que respalden el futuro accionar económico de los individuos, empresas e inclusive de los países.

C- Información y el interés público

Quizá, de todas las relaciones establecidas, la conexión de la información con el interés público es la más controversial. Se puede empezar por decir que en todo ámbito social se habla de la opinión pública, que es un elemento claramente forjado a través del flujo de información entrante en un círculo social, el cual es muchas veces estructurado por un tinte de la singular política

¹⁶⁴ PERIÓDICO LA NACIÓN. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 9 de febrero de 2008 [Consulta: 12 octubre. 2008].

de un medio de comunicación específico, es decir, que muchas veces la información puede ser tergiversada o en algunos casos es transmitida parcialmente, de acuerdo con intereses presentes en la escena. Pero dejando de lado la malversación de la información, lo realmente importante a traer a colación es que dicha opinión pública se forma en razón de la presencia del ingreso informativo.

Lo anterior explica que un grupo de individuos recibe y procesa cierta información e interioriza un criterio al respecto. Sin embargo, la delimitación de este concepto es solo referencia para evitar confusiones respecto a nuestro norte, que lo constituye el interés público. Cabe aclarar que nuestra opinión subjetiva respecto de un tema específico puede ser, en algunos casos, algo intrascendente, pues una opinión personal no siempre encuentra los adeptos suficientes para marcar la pauta en un tema específico, en vista de lo cual podemos decir que no siempre se puede llegar a un consenso intersubjetivo de opiniones sobre un tema en discusión.

Sin embargo, al referirse al interés público, debe señalarse en primera instancia que aquí se encuentra latente una relación Estado – individuo, así, el interés público responde a *"la suma de facultades que tiene un particular frente al poder público y significa básicamente una limitación que el Estado se impone a sí mismo, y deja un ámbito de libertad a los particulares que se suponen iguales"*¹⁶⁵. Esto quiere decir que el interés público trasciende al derecho subjetivo, e involucra a la colectividad misma, pues representa la esfera de pretensiones de una integración de individuos, respecto de las actuaciones Estatales.

Asimismo, cabe mencionar que en este apartado de estudio, concisamente relacionado con el accionar bancario, existe un deber informativo por parte de las entidades financieras. Así lo señala la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en su artículo 14: *"El Banco Central de Costa Rica*

¹⁶⁵ Ver LÓPEZ AYLLÓN, *op. cit.*, p 171.

suministrará al público la información que tenga en su poder sobre la situación económica del país y la política económica¹⁶⁶”, señalando en este mismo artículo la obligación de esta entidad de publicar el balance general sobre la situación financiera del Banco, además de publicar mediante escritos y sistemas electrónicos, transacciones realizadas por otros entes que participan en el mercado cambiario, tipo de cambio, situación económica del país y demás información que involucre un interés público.

Como ejemplo se tiene que la Sala Constitucional, que ordenó al Banco Central de Costa Rica aportar información sobre un estudio realizado por el Fondo Monetario Internacional, el cual consideró de relevancia pública, con lo que se obligó a la Administración a facilitar dicha información, a través del voto que señala: *“Por tal razón, en el caso concreto, la Sala estima que se ha lesionado el derecho a la información en vista de que el Banco Central de Costa Rica, como institución autónoma de derecho público, ha tenido conocimiento de un informe sobre Costa Rica que fue elaborado por un organismo internacional como lo es el Fondo Monetario Internacional, sin que en el mismo participara algún órgano del Estado costarricense y a pesar de que el resultado plasmado en ese informe, sin lugar a dudas, es de la más alta relevancia pública por cuanto afecta intereses de los costarricenses en su generalidad, el Presidente de ese Banco se ha negado a brindarlo a un medio de comunicación que como tal, es un intermediario entre la fuente informativa y la colectividad¹⁶⁷”.* (Resaltado no es del original) Como vemos, no solo la normativa lo indica, pues existe una línea jurisprudencial que nos indica que en presencia de un interés público, la información bancaria puede ser requerida para un conocimiento general.

El interés público se constituye como uno de los elementos clave, en cuanto a la revelación de información en general, y específicamente en la divulgación de información bancaria, lo cual sugiere que es un elemento

¹⁶⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). “Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica”. Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.14.

¹⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:24 02-04-2002) “Voto N° 3074-02”. San José, Costa Rica.

limitante que demarca en parte hasta donde llega el alcance del secreto bancario, y el avance del derecho a la información.

Como corolario, se dice entonces que un individuo o un grupo de ellos puede en función del interés público acceder a la información derivada de las actuaciones estatales o privadas, inclusive si esto involucra transacciones financieras llevadas a cabo a través de un banco u otra entidad análoga, cuestión que nos facilitará establecer en los próximos acápite una frontera mejor definida entre el derecho a la información y el secreto bancario.

Más adelante se profundizará aún más en este tema, ya que su indeterminación jurídica en centro de grandes controversias, y ha hecho que la labor jurisdiccional sea amplia en este sentido.

Capítulo II

Fundamento jurídico del derecho a la información

Como se ha visto hasta el momento, el derecho a la información es un instituto con influencia en todos los sectores sociales, que tiene por ende injerencia en el interés público, así como en el interés subjetivo. Así pues, lo consideramos como un derecho fundamentado en cuerpos normativos, tal y como se sustenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y limitando nuestro estudio al ámbito nacional, podemos citar el artículo 29 de la Constitución Política, que estipula:

"Artículo 29.- Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura..."¹⁶⁸ "

Se ve cómo la tutela constitucional permite a los individuos comunicar sus pensamientos, y es aquí donde la norma expresa con la palabra "Todos", que esto podría considerarse un derecho irrestricto. Sin embargo, este hace referencia a la divulgación de pensamientos, que refiere a una esfera más limitada y que no significa el uso de datos ajenos. Pese a esto, se trae a colación para vislumbrar que la Constitución Política es instrumento de tutela de derechos que permiten la divulgación de ideas.

Ya en estrecha relación con el derecho a la información, anotamos el artículo 30 del mismo texto:

"Artículo 30.- Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado."¹⁶⁹ "

Aquí también se denota la libertad del individuo para acceder a la información, derecho que tiene tutela constitucional, y que permite a todo

¹⁶⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2008). "Constitución Política". Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 29.

¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 30.

individuo tener acceso a datos, que sean considerados de interés público. Respecto a esta libertad informativa sobre los departamentos administrativos, la Sala Constitucional argumenta que la *"denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas"*¹⁷⁰. Con esto vemos que la libertad de información ostenta un doble propósito, pues no solo consiste en permitirle al individuo tener conocimiento sobre el acontecer administrativo, sino que resulta un efectivo método de control sobre las dependencias del estado, siendo así definido por la Sala Constitucional en la citada sentencia: *"El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información"*¹⁷¹.

Por ende, será de nuestra ocupación demostrar la importancia del derecho de la información, no solo como un derecho individual, sino como una garantía colectiva; asimismo, será importante demostrar sus límites, y por qué no se configura como un derecho irrestricto, el cual pese a estar amparado por legislación nacional y supranacional, resulta restringido por figuras, que paralelamente buscan proteger la esfera íntima de los individuos.

Aquí se ve cómo el derecho a la información tiene dos vertientes. Por un lado, la garantía que existe de poder transmitir ideas pensamientos, es decir, el derecho de quien informa, y por otro lado, el derecho de acceder esa información.

¹⁷⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (12:57 19-01-2007). *"Voto N° 726-07"*. San José, Costa Rica

¹⁷¹ *ibid.*

Así, resulta claro decir que en cuanto a las restricciones que existen con respecto a la divulgación de la información ocurren en estos mismos dos sentidos. Siendo nuestro caso de estudio el secreto bancario, deriva de este una restricción a la propagación de la información manejada por la entidad bancaria, así como un impedimento para aquellos individuos que deseen consultar dicha información y no ostenten un interés legítimo para obtenerla. Con claridad absoluta define la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia que *"El derecho a la información es incuestionable, sin embargo, también lo es la circunstancia de que no es un derecho irrestricto"*¹⁷².

Para esclarecer aún mejor lo tratado hasta el momento, se procederá a profundizar en el estudio del derecho a la información, a partir de los elementos que lo configuran, para explicar de esta forma su contenido.

¹⁷² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (16:15 20-12-2007). "Voto N° 1501-07". San José, Costa Rica.

Sección I

Sujetos y objeto del derecho a la información

En acápites anteriores se ha explicado que el derecho a la información goza de sustento normativo suficiente, para ser tratado como una garantía fundamental de los individuos, el cual es tutelado por el derecho positivo, pues nuestra Constitución Política, y los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, han logrado amparar este derecho. Podemos destacar aquí lo citado en el inciso 2 del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"*¹⁷³. Como vemos se expresa aquí ese sentido de libertad garantizada para el individuo, pues si bien es cierto este mismo Pacto implica restricciones, nuestro principal oficio aquí será por el momento demostrar la tutela jurídica de este derecho. Asimismo, además del texto constitucional y los mencionados tratados, existen más leyes que enmarca el derecho a la información dentro de un marco de protección jurídica.

Es importante aquí comprender en primer orden, el concepto de información, que es definido a través de diversas teorías y autores, pero para este análisis será tratado de manera sencilla, con tal de encontrar versatilidad en el término, pues desde el punto de vista jurídico, analizado como un derecho, abarca innumerables sectores de conocimiento. Por lo tanto, se debe ver la información como el contenido de la comunicación, que constituye un proceso social donde interactúan los sujetos o grupos de ellos integrantes de una colectividad, cuya protección emanada de normativa jurídica compone el derecho a la información como tal. Además, como explica en términos generales la doctrina, podemos agruparla en dos vertientes: el derecho a informar que *"comprende las facultades de difundir e investigar"*¹⁷⁴, lo cual

¹⁷³ Centro de Información de la Organización de Naciones Unidas (2008). <http://www.cinnu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), art. 19. [Consulta: 30 octubre 2008].

¹⁷⁴ Ver LÓPEZ AYLÓN, *op. cit.*, p 174.

puede interpretarse como libertad de expresión, siendo el ejercicio de la labor periodística el más demostrativo ejemplo de este apartado, pues se implica aquí una libre expresión de ideas producto muchas veces de indagar eventos u acontecimientos, cuya concreción podría decirse expresión de democracia y libertad de comunicación dentro de un determinado contexto social.

Y, por otro lado, está el derecho a ser informado, el cual se perfila como la facultad que tiene un sujeto a recibir informaciones, y que ocurre cuando se produce la facultad de obtener datos a través de cualquier medio informativo. Con ello, se pueden ubicar tres elementos que identifican el derecho a la información, que son las facultades que tiene un sujeto para investigar, difundir y recibir información.

Entrando de lleno a la distinción de sujetos del derecho a la información, debe señalarse que todas y cada una de las personas son titulares de este; de allí que muchos autores lo identifiquen como "*sujeto universal de la información*"¹⁷⁵. Claro que esto es principio, pues aquí podemos distinguir un sujeto pasivo y otro activo, siendo el primero ubicado como un receptor de información, mientras que el sujeto activo se perfila como un transmisor de ésta. Ahora bien, es preciso aclarar que en el fenómeno comunicativo que aquí ocurre, la posición pasiva o activa varía constantemente, dependiendo de la actividad que involucre el fluido de información. Al resultar este un derecho dinámico, y con gran variabilidad de funciones entre los sujetos involucrados, podemos distinguir también otros sujetos que forman parte de este fenómeno de intercambio de información, que gozan de una tutela especial, cuestión que ha sido parte de la labor del legislador, que busca a través de normas especiales brindar una esfera de protección que garantice el libre acceso a la información en las diferentes áreas que integran el derecho. Como ejemplo de ello, podemos citar el artículo 77 del Código de la Niñez y la Adolescencia, que estipula: "*El Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes y el Ministerio de Educación Pública garantizarán el acceso a las personas menores de edad a*

¹⁷⁵ Véase SORIA SAIZ, Carlos (1987). "*Derecho de la información: análisis de su concepto*". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Dr. José Ma. Castro Madriz.

*los servicios públicos de documentación, bibliotecas y similares, mediante la ejecución de programas y la instalación de la infraestructura adecuada*¹⁷⁶ (Resaltado no es del original). Aquí se ve que la tutela jurídica inclusive llega a ocuparse de ciertos sujetos como las personas menores de edad, ordenando en este caso la intervención directa del Estado a través de uno de sus ministerios, con el fin de garantizar el óptimo cumplimiento de esta garantía.

Siendo este un derecho que goza de una dinámica constante de cambio, y teniendo en consideración la multiplicidad de sujetos, para efectos de nuestro estudio podemos afirmar, que "todos" somos sujetos titulares del derecho a la información.

Dada esta afirmación, se puede complementar haciendo ver que gracias a esta esfera tan amplia de acción del derecho a la Información, es que resulta imprescindible una regulación efectiva.

Más específico aún, si se relaciona este derecho con el secreto bancario, permite ver que una regulación efectiva vendría a esclarecer el límite al derecho a la información. Sin embargo desde el punto de vista de este estudio, no ha sido establecido de manera efectiva en nuestra legislación, tal y como quedará demostrado en apartados posteriores.

¹⁷⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código de la niñez y la adolescencia". Sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 77.

Sección II

Alcances y atribuciones al buscar y difundir información

Se reitera que el derecho a obtener información y difundirla se configura como una garantía constitucional; sin embargo, ello no significa que sea un derecho irrestricto. Todo derecho tiene un límite, e inclusive al ejercer alguno de nuestros derechos podemos sobrepasar estos parámetros y llegar a lesionar derechos de terceros. Pese a que ya conocemos a través del estudio previo que existe una tutela que garantiza el ejercicio de nuestro derecho de recopilar información, indagar y difundir información, este podría resultar lesivo para otros derechos e inclusive llegar a conformar un delito.

Según la doctrina, este problema es tratado básicamente a través de controles estatales de dos tipos que son el "*control a posteriori y control preventivo*"¹⁷⁷.

El control preventivo es un régimen, que establece un ejercicio de intervención previa de la Administración. El ejemplo por excelencia del control preventivo lo vemos con la censura. Este sistema se lleva a cabo solo para evitar posibles complicaciones con las publicaciones y las posibles condenas establecidas por el sistema de control a posteriori.

También es importante señalar que el régimen de control preventivo en el caso de la censura es una herramienta que puede presentar algunas dificultades, por ejemplo, si la autoridad que participa es la administrativa, por lo cual algunas veces el control es de manera general y no hay especificaciones que resguarden los derechos fundamentales de los sujetos de derecho privado.

Otro mecanismo del control preventivo consiste en las autorizaciones previas, donde por ejemplo se instituyen normas que solicitan autorización para el traspaso y enajenación de derechos de radio frecuencia al requerir la

¹⁷⁷ En este sentido ver PORRAS GONZÁLEZ, Edgar (1984). "La libertad de expresión en los medios de comunicación social". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

autorización previa del Departamento de Control Nacional de Radio tal y como lo establece el artículo 17 incisos e, f y g de la Ley de Radio. Otra autorización requerida es la inscripción previa o incorporación al Colegio de Periodistas para ejercer las funciones propias de periodista¹⁷⁸. Vemos aquí una pequeña muestra de que la difusión de información tiene un régimen preventivo, que busca que las informaciones que se transmiten no lesionen derechos de terceros. Sin embargo, este control resulta ser únicamente un filtro informativo, pues la fiscalización de la actividad informativa no es un método de control totalmente efectivo.

En igual sentido, la legislación impositiva, ha sido creada en función de evitar la comisión de hechos dañosos para la esfera íntima de los sujetos en las relaciones surgidas a través de la intermediación financiera. Pero en caso de que ocurra una transgresión de estas normas, se presenta el control a posteriori, cuya función no es diferente a la de punir un hecho lesivo.

El control a posteriori resulta ser un método o control represivo, a través del cual se han tipificado por parte del legislador los actos delictivos que pueden desprenderse del ejercicio abusivo de una libertad, por lo cual establecen una sanción penal para aquellos que incurran en las conductas descritas como delitos en los tipos penales.

Como se ha venido señalando, la libertad de información no solo resulta ser una facultad para acceder a ella sino también para propagarla. Es aquí donde estos controles señalan otros límites que debemos tener en cuenta al hablar de información, pues se puede incurrir en daños a otros derechos. Al referimos al daño causado por difusión informativa, nos encontramos con elementos como la vida privada, el honor, la fama, el orden público, la moral vigente y el bien común. Esos valores o bienes jurídicos encuentran tutela en la legislación penal y de esa forma se constituyen en controles al ejercicio práctico de las libertades de expresión e información.

¹⁷⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (1976). *"Ley Orgánica del Colegio de Periodistas: su reglamento y leyes conexas"*. San José, Costa Rica. Imprenta Nacional, art. 17.

Sin embargo, ha quedado explicado que el derecho a la información no se circunscribe de manera exclusiva a la función periodística, pues es aplicable también, a aquellos casos que versan sobre información financiera, por lo cual, como será analizado posteriormente, existen métodos sancionatorios en los casos en que este tipo de información sea divulgada sin una justificante autorizada por ley.

TÍTULO III

EL SECRETO BANCARIO FRENTE AL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Capítulo I

Conflictos surgidos al acceder la Información financiera

Sección I

Alcances de la confrontación:

Secreto bancario frente al derecho a la información

La particularidad de este tema deviene de estar claramente en conflicto dos derechos sustentados constitucionalmente. Por un lado, el secreto bancario que pese a ser un mecanismo con sustento de rango legal, es un mecanismo protector de parte de la esfera de la intimidad, concepto que se perfila como uno de los elementos que integran la dignidad humana y por otra vertiente, se encuentra el derecho a la información. No obstante, el derecho a la información ha adquirido atributos que lo ligan con la economía, el Estado, la política y otros que son de interés público. Sin embargo, esto no establece la primacía de uno sobre el otro, pues sería imprudente formular tal apreciación.

Más importante aún de señalar es que las actuaciones privadas no pueden ser objeto de información pública, a menos que dichos actos trasciendan a la vida pública.

Por ejemplo, los personajes públicos, son susceptibles en sus actuaciones de ser captados, e inclusive que sus acciones sean de acceso público; sin embargo, ellos mismos tienen una esfera de protección con respecto a su intimidad, lo cual nos dice que la vida íntima no es objeto de la información.

Precisamente, las transacciones bancarias de cualquier tipo -sean cuentas corrientes, ahorros, préstamos, actividad de bolsa, hipotecas, pignoración de bienes, certificados de ahorro a plazo, certificados de inversión hipotecaria, movimientos de cámara de compensación o algún otro movimiento análogo a estos- son parte de la esfera privada de actuación de las personas físicas y jurídicas, en tanto tales trámites no constituyan un portal de

información que conste de un interés público, ya sea con el fin de analizar la legitimidad de tales transacciones u otro indicio que pueda afectar los intereses colectivos.

El mayor problema aquí consiste en determinar en qué momento, dichas actuaciones rebasan los parámetros del ámbito privado y obtienen un interés público que permita acceder a estos movimientos, o bien en qué situaciones la actuación privada puede servir de mecanismo para ir en perjuicio de terceros, desmejorar garantías o facilitar un fraude, malversación de fondos o inclusive ir contra un derecho patrimonial de carácter real o personal de otro sujeto de derecho.

El conflicto radica esencialmente al enfrentar esta limitación que constituye el secreto bancario frente al derecho a la información, sobretodo porque ambos institutos conforman parte importante del conglomerado de atribuciones que se sitúan a favor de los individuos.

Básicamente, cuando existe un interés social o colectivo, se necesita un margen de transparencia del conjunto de transacciones que integran el accionar financiero, pues eventualmente podrían configurarse transgresiones al ordenamiento jurídico, que constituyen inclusive en ciertos casos delitos tales como la legitimación de capitales, administraciones fraudulentas y otros.

Precisamente, la transparencia financiera ocurre en aras de lograr el bienestar de la colectividad, sin embargo, este mismo accionar podría ser violatorio del derecho a la intimidad, ya que podría propiciar una atmósfera óptima para llevar a cabo injerencias arbitrarias en los datos íntimos de un individuo.

En cuanto al derecho a la información, debe acotarse que este se ejerce desde el momento aquel en que se accede a ciertos datos específicos y no precisamente en el momento en que estos son publicados para pasar a ser de

conocimiento general. Así bien, tenemos que el elemento de la vida privada es franqueado desde el momento en que se accede al mismo y no en el momento de la publicación de los datos adquiridos a través de esta intromisión.

El secreto bancario se compone de todas las transacciones, llevadas a cabo a través de la intermediación financiera de una entidad bancaria, e incluye actos que generalmente están fuera del conocimiento general de terceros; por ende, una vez que un sujeto ajeno a estos movimientos se inmiscuye, se constituye en una intromisión.

Cabe recordar que existe una obligación por parte de los funcionarios bancarios y de la institución misma de mantener la información bancaria protegida, para evitar que se viole el secreto bancario. Pese a esto, la libertad de información es un instrumento idóneo para averiguar el historial bancario de un sujeto, claro está, en casos excepcionales, en los cuales el interés general o de un tercero prime sobre el secreto bancario, y la acción informativa no se constituya en una intervención antijurídica.

Tal demarcación en la normativa no se encuentra debidamente especificada, pues como veremos más adelante, la legislación carece de una sólida posición respecto a los supuestos que pueden ocurrir dentro del manejo de la información financiera.

Para tener una noción más específica, nos serán estudiadas la teorías relativas al conflicto, y se analizarán algunas excepciones constituidas en los casos en los que se aplica el secreto bancario.

Sección II

Teorías que buscan dirimir el conflicto

A- Teoría de los límites

La teoría de los límites ha sido concebida doctrinalmente¹⁷⁹, como una de las respuestas al conflicto que emerge por la confrontación de estos derechos. Esta teoría explica que todo derecho que figure dentro de un ordenamiento jurídico tiene sus límites, pues es complementado por otros análogos, que determinarían hasta donde se puede atribuir su campo de acción.

En otros términos, se dice que cuando se ejerce un derecho, éste encontrará sus límites en la medida en que al ejercerlo no se transgredan otros derechos fundamentales involucrados. Así, por ejemplo, el derecho a la información puede ser ejercido, siempre que se respete el derecho a la vida privada, el honor y la imagen de terceros.

Efectivamente, esto ocurre en cuanto a otros derechos, no solo en el derecho a la información, pues tenemos claro que ningún derecho resulta irrestricto¹⁸⁰. Entonces, esta teoría asimila que el ejercicio de un derecho involucra una responsabilidad, pues podrían efectuarse actos lesivos hacia otros derechos fundamentales.

Esta teoría podría ser la respuesta al conflicto si analizamos ciertos casos específicos. Por ejemplo en la labor periodística, la cual involucra el acceso y divulgación de información, podría ejercerse de manera óptima y jurídicamente correcta si se contemplan elementos tales como el honor, la vida privada, la dignidad humana, el interés particular, los derechos de imagen y otros relativos a la esfera íntima de un individuo. Pese a esto, el determinar si al ejercer nuestro derecho a la información lesionamos un derecho ajeno no resulta tarea sencilla. Así, pues, en caso de duda, resulta difícil acordar cuál derecho

¹⁷⁹ Ver SÁENZ MEDERAS, *op. cit.*, 183.

¹⁸⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (16:15 20-12-2007). "Voto N° 1501-07". San José, Costa Rica.

prevalecería, si el derecho a la información o el derecho a la intimidad. Igualmente aplicable sería al ubicar en este último extremo al secreto bancario.

Esta teoría se centra en ubicar los límites de un derecho, no como aquellos directamente ligados a las prohibiciones establecidas por ley, sino que se trata de establecer que el límite de un derecho se vislumbra en tanto no se haga uso abusivo o se cometan injerencias arbitrarias que violenten otro derecho, cuando se ejecutan actos destinados a ejercer el primero de ellos.

Por ejemplo, el derecho de obtener información encuentra sus límites en tanto su ejercicio legítimo no se transforme en una violación a la intimidad de a un tercero.

De manera más específica, podría mencionarse como acción legítima el acudir a un banco a obtener información sobre un crédito, por ejemplo conseguir datos sobre las tasas de interés, tipos de créditos, requisitos para figurar como deudor, tipos de garantías y plazos, sin que ello no constituya una intrusión en la información privilegiada. Sin embargo, se transgrede este límite si se solicita información sobre un cliente específico del banco. De igual modo ocurre con el oficial bancario, en su función informativa, pues éste podría ofrecer datos sobre un crédito a un eventual cliente, pero no podría ejemplificar la aplicación de un crédito otorgando información específica sobre alguno de los deudores del banco.

B- Teoría de la adecuación

Como se analizó anteriormente, la teoría de los límites significa un conflicto entre derechos, lo cual deja al descubierto el límite correcto hasta donde se puede ejercer un derecho específico. Contraria a esta teoría, la "Teoría de la Adecuación"¹⁸¹ implica que no deben presentarse choques entre los derechos, sino que debe existir una adecuación entre estos. Esto quiere

¹⁸¹ Ver SÁENZ MEDERAS, *op. cit.*, 191.

decir que el correcto ejercicio de un derecho conlleva a la eliminación de los conflictos.

En este caso, se analiza que muchas veces la privacidad es violada porque se difunden o investigan hechos que carecen de un interés público real. Desantes Guanter lo ejemplifica de la siguiente manera: *"Puesto que lo íntimo de una persona es algo que concierne únicamente a ella, no podrá llegar a constituir, en principio, noticia de interés para los demás. Se produce así una cabal armonización entre el derecho a la vida privada y el derecho de la comunidad a estar informada..."*¹⁸².

Esto quiere decir que el derecho a la información y el derecho a la intimidad son complementarios entre sí. Para ser aún más específicos, el secreto bancario indica que no podría ser de interés público¹⁸³ el curso financiero de los movimientos de un individuo. Por ende, dichos datos no deben ser accedidos por terceros, esto en función de que carecen de interés general.

En caso de un conflicto de derechos, mucha doctrina indica que debe llevarse a cabo una jerarquización entre estos; sin embargo, la teoría de la adecuación indica que lo idóneo sería adaptar estos derechos entre sí, sin tener que llevar a cabo valoraciones sobre cuál de ellos es predominante en cada situación específica.

El caso anteriormente citado sobre el interés público sería una manera de realizar una adecuación entre el secreto bancario y el derecho a la información, pues si se determina llevar a cabo las acciones dirigidas a hacer efectivo el derecho a la información y se hace en función únicamente de obtener datos de interés público, entonces no se transgrede al secreto bancario.

¹⁸² Ver DESANTES GUANTER, *op. cit.*, p 196.

¹⁸³ Salvo casos específicos, donde se involucre el destino del gasto público, los controles efectuados por las entidades financieras superiores como la SUGEF, en vigilancia del manejo de recursos financieros, o bien en procura de la persecución delictiva.

Sin embargo, esta teoría no se encuentra exenta de debilidades, ya que puede suscitarse un caso de interpretación subjetiva, donde se confunda sobre la delimitación que explique hasta dónde se extiende alguno de los derechos involucrados. Además, en el supuesto de la utilización del término de interés público, se afirma que es un concepto que podría de igual manera estar sujeto a interpretaciones erróneas.

Capítulo II

Excepciones y límites al secreto bancario y al derecho a la Información

Sección I

Límites del secreto bancario

A- Límites naturales o subjetivos

Al encontrar que ningún derecho resulta irrestricto, es necesario traer a colación que el secreto bancario también tiene límites establecidos respecto a su alcance.

Sin duda, este enfrentamiento de derechos resulta rígido; pero pese a esto, queda claro que la reserva financiera tiene límites, aquí puede ubicarse en primera instancia los límites del consentimiento expreso por parte del titular del derecho. En dicho sentido ubicamos los *"límites naturales o subjetivos... entre estos encontramos:*

- a. "Autorización expresa del cliente.*
- b. Cuando el cliente solicita al banco una referencia de crédito para un tercero, y con ello faculta a su banco a revelar asuntos que sólo él conoce.*
- c. Cuando hay un tercero con derecho a cierta información sobre el cliente (fiadores, co-deudores).*
- d. Cuando con el objeto de obtener alguna facilidad crediticia con un banco, se le autoriza para que investigue y verifique, inclusive comparta con otros bancos, la información que se le ha suministrado.*
- e. Cuando se da un conflicto entre el Banco y el cliente, permitiendo este último el levantamiento a efectos de solucionar el problema.¹⁸⁴ "*

Esta línea que demarca un fin para el secreto bancario resulta ser expresión de voluntad de quien ostenta el derecho. Es una manifestación de

¹⁸⁴ Ver FIGUEROA CRUZ, *op. cit.*, p 92.

consentimiento con el fin de que sus datos financieros puedan ser de conocimiento de un tercero. Así lo evidencia el ya mencionado artículo 615 del Código de Comercio, al proveer la posibilidad de que los dueños de cuentas corrientes autoricen por escrito el suministro de esta información. Aquí lo más notorio es el elemento de la voluntad del cliente como determinante en el levantamiento del deber de guardar confidencialidad. Por excelencia la expresa voluntad del cliente sirve de eximente a la entidad y le permite aportar la información privilegiada para lo que su titular considere pertinente. Igualmente, se expresa que la información puede ser aportada ante la solicitud de un tercero con interés legítimo. Aquí, la figura del codeudor es una de las que podemos considerar como ejemplo por la relación de paridad; igualmente, los bancos ofrecen en algunos casos la oportunidad de realizar cuentas compartidas, cuyos datos sean accedidos en igualdad de condiciones por varios individuos que figuran como titulares de tal derecho.

En cuanto a la oportunidad de aportar datos a fin de conseguir alguna ventaja crediticia, lo puede equipararse con el elemento de la voluntad, pues es a criterio expreso del cliente que tal situación ocurre. Aunque si debemos aclarar que en cuanto al crédito, actualmente se manejan criterios mediante los cuales las diferentes instituciones pueden investigar el historial crediticio de los sujetos, con el fin de proteger un interés mayor público, como lo es la protección del sistema financiero en general. Sobre los conflictos, hay que insistir en que pueden ser de diversa índole, pues pueden ocurrir en el trámite de procedimientos judiciales, o bien conflictos ocurridos por transacciones mal realizadas o que denoten la presencia de un delito o bien cualquier otro supuesto. Lo importante es aclarar que éstos presumen por sí mismos la presencia de una situación atípica que implica el levantamiento del secreto bancario con el fin de solucionarlos.

B- Límites legales

Por otro lado, se encuentran los "límites legales"¹⁸⁵, que establecen a través de normativa un deber al funcionario bancario para revelar información protegida por el secreto bancario. Ubicamos aquí nuevamente el Código de Comercio¹⁸⁶, el cual estipula que se revelarán informaciones por orden de una autoridad judicial competente. De la misma forma, el artículo 24 de la Constitución Política esgrima: *"Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento."*¹⁸⁷

Sobre este apartado específico, es cierto que el artículo citado no hace referencia directa al secreto bancario, siendo este regulado más bien a través del ordenamiento legal por medio del Código de Comercio; sin embargo, se establece una protección a la intimidad de rango constitucional, de la cual deriva el secreto profesional como una de sus modalidades.

Dentro de este mismo sector, se ubican las regulaciones impuestas en los demás cuerpos normativos que imponen un deber de reserva o sanciones y que han sido tratados a través de nuestro estudio. Aquí se abarca todo tipo de restricción que consta según el derecho positivo, ya sea para los bancos o cualquier entidad dedicada a la intermediación financiera, además de los entes reguladores y los funcionarios, en fin todos los sujetos considerados como obligados a guardar la confidencialidad.

¹⁸⁵ Ver FIGUEROA CRUZ, *op. cit.*, p 93.

¹⁸⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (1991). "Código de Comercio". Octava Edición. San José, Costa Rica. Editorial Porvenir, art. 615.

¹⁸⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2008). "Constitución Política". Vigésimo tercera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 24.

En términos más simples, los límites legales son aquellos impuestos a través de los preceptos normativos instituidos por la legislación de un país.

Sección II

Control sobre la información financiera

Prosiguiendo con el tema, nos ocupamos ahora del estudio en concreto del hábeas data, el cual es un instituto establecido con el fin de otorgar las facultades suficientes a cada titular de la información para llevar a cabo un control acerca de la información que se maneja en los diferentes bancos de datos, el cual analizaremos seguidamente de forma concreta.

A- Hábeas data

El hábeas data es un mecanismo, que pese a no ser como tal una limitación, será incluido dentro de este apartado, por ser un medio efectivo de control en el manejo de la información privada:

*"El hábeas data no puede ser considerado como un mecanismo para atacar los archivos de información en general, ni pretende la eliminación de todo tipo de registro o banco de datos, sino que **debe ser aplicado en el resguardo de los fines del tratamiento de la información, de la proporcionalidad de uso de las informaciones, de la seguridad, pertenencia y veracidad de los datos recabados, para el resguardo de datos sensibles y para permitir la realización del individuo en la sociedad marcada por el signo tecnológico...** A pesar de que en principio el hábeas data fue concedido en la protección del derecho a la información, el **registro de datos considerados sensibles**, como los relativos a las inclinaciones políticas, religiosas, al color de piel, a las inclinaciones sexuales, a la salud de la persona interesada o a las afiliaciones sindicales o políticas, si se realizan de manera nugatoria de la autodeterminación informativa podría fomentar tratos discriminatorios, por lo que **este instrumento procesal debió ser ampliado como un mecanismo de control efectivo sobre la información que ya ha sido consignada en bancos de datos electrónicos y manuales...** actualmente el hábeas data puede ser conceptualizado como el **mecanismo procesal que tiende a garantizar a todo sujeto la posibilidad de acceder a los bancos de datos -públicos o privados-, tomar conocimiento de la***

información referida a su persona, corregir la que fuere distorsionada o hacer cancelar la que no fuera pertinente con la finalidad para la cual fue obtenida y en términos más generales, tiende a oponer la libertad del sujeto al avance de la tecnología en el campo de la información y la comunicación y a la protección de un ámbito de intimidad en el cual el sujeto tiene derecho a desenvolverse.¹⁸⁸ (Resaltado no es del original)

Del anterior extracto, se destaca que el hábeas data no es un mecanismo procesal que busque frenar o atacar el flujo de información, sino que se introduce como un medio propicio para evitar que los datos que manejan distintas entidades sean manejados de manera indiscriminada o incluyan informaciones falsas o erróneas. Además de esto, es importante rescatar el hecho de que en la actualidad es un instituto de largo alcance y no solo con carácter correctivo, pues también ostenta un perfil preventivo.

Es particularmente notorio el hecho de que el extracto indica que el hábeas data se manifiesta como un mecanismo que opone la libertad del sujeto al avance tecnológico en el campo informativo. Es decir, que pese a este incremento de tecnología, el sujeto puede bajo sus propias acciones tutelar la información que se maneje sobre él, resguardando así su intimidad.

La Sala Constitucional¹⁸⁹, se encargó no solo de señalar un claro concepto de lo que es el hábeas data, pues fue más incisiva al aclarar individualmente algunos de sus objetivos. Aquí se procederá a la tarea de señalarlos con el fin de crear un conocimiento básico sobre la importancia de esta figura. Este voto especifica los siguientes objetivos del hábeas data.

1- Derecho al acceso

Es la garantía que tiene cualquier individuo de acceder a la información propia consta en alguna base de datos; esto con el fin de que cada sujeto ejerza un control personal sobre la información que sobre él se maneja en los

¹⁸⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:36 27 -07-1999). "Voto N°5802-1999". San José, Costa Rica.

¹⁸⁹ Ibid.

bancos de datos. Para nuestro caso específico, es preciso traer a colación el hecho de que los bancos y entidades financieras manejan un gran volumen de información, sobre todo en función de la facilidad que ha otorgado la tecnología en dicho sentido; por lo tanto, cada sujeto tiene la libertad de saber qué datos suyos constan en su registro, así como sus transacciones financieras.

Es importante para cada individuo tener acceso a la información que se maneja sobre su persona, pues así podrá tener un control específico sobre los datos suyos que permanezcan en una determinada base de datos.

2- Derecho a la actualización

Permite rectificar cualquier referencia que conste sobre una persona dentro de una base de datos, así como la potestad de corregirlos a fin de que estos sean apegados a la realidad. Esta política es aplicada por muchos bancos y entes financieros, aún más en razón de cumplir con los requerimientos que la ley establece al respecto. Sobre el derecho a la actualización debemos comentar que de acuerdo con la legislación vigente, además de ser un derecho del usuario se ha convertido en un deber de los bancos e instituciones semejantes, más que nada en un país como el nuestro en el cual se ha emprendido una lucha a través del ámbito jurídico con el fin de erradicar los delitos financieros. En este segmento, se hace hincapié en lo estipulado por el legislador en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas:

“Artículo 16.—Con el objeto de prevenir las operaciones de ocultación y movilización de capitales de procedencia dudosa y otras transacciones encaminadas a legitimar capitales provenientes de delitos graves, las instituciones sometidas a lo regulado en este capítulo deberán sujetarse a las siguientes disposiciones:

a) Obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se efectúe una transacción, cuando existan dudas acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no desarrollen operaciones comerciales, financieras ni industriales en el país en el cual tengan su sede o domicilio...

c) Registrar y verificar, por medios fehacientes, la identidad, la representación, el domicilio, la capacidad legal, la ocupación o el objeto social de las personas, así como otros datos de su identidad, ya sean clientes ocasionales o habituales. Esta verificación se realizará por medio de documentos de identidad, pasaportes, partidas de nacimiento, licencias de conducir, contratos sociales y estatutos, o mediante cualesquiera otros documentos oficiales o privados; se efectuará especialmente cuando establezcan relaciones comerciales, en particular la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la existencia de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones en efectivo superiores a la suma de diez mil dólares estadounidenses (US \$10.000,00) o su equivalente en otras monedas extranjeras.

d) Mantener, durante la vigencia de una operación y al menos por cinco años a partir de la fecha en que finalice la transacción, registros de la información y documentación requeridas en este artículo...¹⁹⁰ "

Aquí queda reflejado que el legislador trata de plasmar en la norma un factor preventivo respecto al manejo de la información de los usuarios bancarios y de otro tipo de instituciones de corte financiero. Radica en la norma un espíritu de control del manejo de capitales a fin de evitar que se propicien facilidades para la comisión de los delitos. Así que la actualización y rectificación de la información radicada en las bases de datos a nivel de instituciones financieras tiene dos vertientes de intervención, pues por un lado tenemos que el hábeas data otorga efectivo margen de disposición de los datos por parte del

¹⁹⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Lev sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas". Tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 16.

cliente y por otro sector tenemos que la legislación se asegura de que la institución involucrada mantenga sus bases de datos debidamente actualizadas. Del artículo citado se hace énfasis en el inciso c), el cual establece el deber de la actualización y verificación de los datos; de manera que la transparencia de la información que se maneja, es garantizada por un control que busca corroborar la veracidad de la información, constituyéndose un derecho que asiste al cliente y una obligación para el banco. En la actualidad esto se refleja mediante la política "*conozca a su cliente*" que implementa el sistema bancario nacional, la cual señala al cliente bancario que en caso de no actualizar sus datos puede ocurrir inclusive el cierre de sus cuentas bancarias.¹⁹¹

Por otro lado, el derecho a la actualización propiamente dicho puede ser de gran beneficio para un individuo. Por ejemplo, si un individuo tenía algún crédito no cancelado, y posteriormente tal deuda se cancela efectivamente, el sujeto tiene derecho a que la situación respecto a esta transacción sea actualizada. Entonces, el manejo de datos obsoletos puede ocasionar un daño directo para el titular de la información, por lo cual el derecho a la actualización se estructura como el medio oportuno para evitar tales contrariedades.

3- Derecho a la confidencialidad

Existe a favor del usuario de los servicios financieros un espacio de confidencialidad, lo que quiere decir que éste puede exigir que la información proporcionada no sea de conocimiento general. Es parte de la intimidad de las personas, y constituye un eje fundamental del secreto bancario. Este aspecto resulta imprescindible, pues cuando se otorgan datos personales, para que sean manejados en un banco de datos, de manera implícita, salvo casos excepcionales, tenemos entendido que la información será manejada con el debido sigilo. Aún más, se requiere de tal confianza, sobre todo si la entidad responsable es de corte financiero, pues es un factor sumamente importante para muchos individuos. Además, el derecho de mantener reserva sobre algunas de las actividades que se realicen es reconocido constitucionalmente.

¹⁹¹ Dicha implementación puede verse en las páginas electrónicas de entidades como el Banco de Costa Rica y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, los cuales ofrecen formularios vía web para dicho propósito.

Este constituye parte del hábeas data, como una institución jurídica que abarca elementos fundamentales para regir la actividad relacionada con el manejo de la información, y como vemos facilita al usuario de los servicios financieros un ámbito de protección de su intimidad, que además de beneficiar al titular de la información, protege un interés general, pues genera confianza en las instituciones dedicadas a la intermediación financiera y como consecuencia de esto, se genera un beneficio directo en el sector económico.

4- Derecho a la exclusión

Este significa que un sujeto puede solicitar que se excluya cierta información que figure dentro de la obtenida, cuando la misma constituya datos sensibles, que puedan dar fundamento a la discriminación. Así, por ejemplo, podríamos deducir de aquí que datos como las preferencias sexuales, aspectos religiosos o de creencias, que pueden catalogarse como datos privilegiados, pueden ser eliminados de los registros a solicitud del interesado directo. Resultaría lesivo para cualquiera que alguna referencia que conste en registros tenga un carácter confidencial; es decir, que algunos datos no tienen un interés general o bien podemos decir que solo son de trascendencia para el individuo. Sin embargo muchas veces al ser conocidos por terceros pueden generar situaciones incómodas, discriminatorias o adversas.

5- Derecho de inserción

Es un extremo opuesto al anterior, ya que involucra la opción de que un individuo solicite que cierta información sea incluida en una base de datos específica, ya sea para completar un perfil, o bien para aclarar dudas respecto a su persona. Muchas veces una dirección, número de teléfono alternativo, correo electrónico, información académica o laboral de la persona son algunos de los aspectos que figuran dentro de una base de datos de manera inconclusa o errónea, lo cual inclusive podría ir en detrimento de oportunidades para la persona.

6- Derecho a saber del conocimiento de terceros sobre la información recolectada

Este resulta fundamental pues todo individuo ha de tener conocimiento sobre quién ha tenido acceso a su información y en igual margen de importancia el saber con cuales fines se llevó a cabo dicha búsqueda.

En síntesis, el hábeas data, además de garantizar que la información que se suministra será manejada con cautela, también permite acceder a ella, solicitar que se actualicen, incluyan o excluyan datos, así como conocer sobre quienes pueden visualizar esta información y los fines para los cuales se obtiene conocimiento sobre ésta.

Por ejemplo, el expediente bancario de un individuo puede ser requerido por éste en cualquier momento y solicitar las modificaciones que considere pertinente, siempre que se trate de informes veraces y sean en oportunidad de la relación financiera presente entre la entidad y el cliente.

El hábeas data se perfila entonces como un instituto jurídico de gran trascendencia, ya que permite un acceso personal a la información incorporada dentro de una base de datos específica, lo cual permite a la vez ejercer un efecto fiscalizador por parte del titular de tales datos.

Precisamente esta fiscalización permite que se ejerza por parte de los clientes de las diferentes entidades financieras y legítimo control sobre la información financiera, añadiendo así un elemento más de protección en el manejo de este tipo de información, que pese a no referirse propiamente a una institución normativa expresa, sí representa un elemento que ofrece una amplia gama de garantías para el sujeto situado en desventaja dentro de la relación jurídica a la cual nos referimos.

Al tratar este tema, y en el extracto planteado al inicio, se indica que en principio, el hábeas data se concibió como mecanismo protector de datos

sensibles; sin embargo, cabe acotar que dicho término no es un concepto con una determinación jurídica concreta, pues la sensibilidad de cierta información difiere de un individuo a otro, y pese a que el Derecho no puede instituir protección para cada caso singular, la legislación debe establecer parámetros generales que determinen qué tipo de información se encuentra revestida del carácter confidencial.

El hábeas data versa sobre la información presente dentro de los distintos bancos de datos, y dada la trascendencia de la información que manejan las entidades financieras, resulta indispensable su protección, por lo que debe incluirse dentro de la información protegida a través de dicho instituto, no sin olvidar aquellos supuestos específicos en que priman los razonamientos de transparencia, con el fin de garantizar la tutela de los intereses públicos.

El hábeas data, entonces, ha de aplicarse como mecanismo de control en el manejo de la información financiera, ya que de no operar así puede ocurrir un manejo inadecuado de los datos¹⁹², y como consecuencia éstos aportarían informes erróneos o imprecisos, situación que podría acarrear un detrimento al sistema financiero, esto por cuanto la información es un factor determinante para que las entidades formulen sus estrategias. Por ejemplo, los bancos requieren un conocimiento general acerca de un potencial deudor, con el fin de establecer si es apto para otorgarle un crédito. Igualmente, se apoyan en el flujo informativo para trazar sus tácticas comerciales. Además, se debe tener presente que cada individuo tiene un interés particular en que sus datos, sean un reflejo de la realidad.

De tal modo, el hábeas data resulta ser un instrumento importante en el control de la información, lo cual evita la recopilación y uso de información errónea. Por ello se concluye que sin la presencia de este instituto puede

¹⁹² Sobre todo porque el Hábeas Data, es un mecanismo que favorece la precisión y veracidad de la información.

perjudicarse no solo la adecuada labor financiera, sino también el aspecto privado de cada individuo.

Sección III

Excepciones del secreto bancario

En este apartado, tratamos algunos de los temas que a nuestro juicio pueden constituirse como excepciones al secreto bancario, cuya regulación normativa se caracteriza por la omisión de criterios claros acerca del uso y administración de la información financiera, por lo que analizaremos algunos de estos institutos y en capítulos siguientes se hará énfasis en las deficiencias demostradas a través de este estudio.

A- Mandato y representación

Se entenderá que *"El mandato es el contrato en virtud del cual una persona, llamada mandante encarga a otra, llamada mandatario, la gestión de uno o varios negocios, siempre por cuenta y riesgo del primero."*¹⁹³

Se aborda esta figura, por cuanto conlleva que un individuo delegue funciones en otro. Por ende, podríamos situar de manera importante aquí la utilización del secreto bancario; sin embargo, previo a esto, es de trascendencia señalar otra figura importante, la representación, la cual podemos entender como *"la facultad que tiene una persona, llamada representante, de realizar actos jurídicos en nombre de otra, llamado representado"*¹⁹⁴. Como factor determinante, indicamos que puede existir mandato sin representación, que ocurre en aquellos casos en los que el mandatario actúa por nombre propio, es decir, que no revela su condición de mandatario, pero siempre ocurrirán consecuencias patrimoniales o económicas de la realización de dichos actos, sobre el haber del mandante. Por otro lado, encontramos el mandato con representación, el cual ocurre cuando el mandatario actúa en nombre del mandante, siendo esta situación del conocimiento de aquellos terceros con los que se llevan a cabo los diferentes actos jurídicos. Además, encontramos la representación sin mandato, la cual sucede a través de la ley, sin un mandato previo, y típicamente se puede observar a través de la curatela y la tutela, así

¹⁹³ AMADADOR HASBUN, Sergio (2006). *"El mandato y la representación en Costa Rica"*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p.8.

¹⁹⁴ *Ibid.* p.11.

como en la patria potestad y el albaceazgo. Ahora bien, lo que capta nuestra atención aquí es que el mandato y la representación suponen la ejecución de actos jurídicos y la posibilidad de obtención de datos por parte del mandatario a través de su cargo en cuanto al mandante. Entonces, nos concentramos en develar si parte de estas atribuciones del mandatario o representante podrían consistir en el acceso a datos bancarios o más aún en efectuar movimientos a nivel bancario a través de estas facultades.

En primera instancia se encuentran las figuras instituidas en el Código Civil, situando aquí en primer orden el mandato o poder generalísimo, a través del cual existe la facultad gestionar todos los negocios de una persona *"...excepto los que conforme a la ley deben ser ejecutados por el mismo dueño en persona y los actos para los cuales la ley exige expresamente poder especialísimo"*¹⁹⁵. Es aquí donde puede surgir duda respecto a lo estipulado por el ordenamiento, pues permite ejecutar toda clase de actos, excepto los que deben efectuarse de manera personal, siendo ya de nuestro conocimiento que el secreto bancario consiste en el deber de reserva por parte de los funcionarios bancarios ante terceros. No resulta claro si es el secreto bancario uno de esos actos personalísimos, pues es la doctrina la que se ocupa explicar tales actos y no la legislación como se puede ver. Pero siguiendo adelante con este examen, en el mismo cuerpo normativo, se hace referencia al mandato o poder general, el cual permite la ejecución de actos de conservación, administración, y utilizar todo tipo de medios necesarios para la prosecución del objetivo del mandato¹⁹⁶, donde también resulta ser omisivo respecto a la utilización y acceso de cuentas bancarias. Lo más importante a señalar aquí es que el secreto bancario es un instituto creado con el fin de resguardar información sensible; por ende, debería ser tratado en igual manera por la legislación. Además, nuestro Código Civil prosigue con el poder especial, el cual se otorga con el fin de efectuar un acto jurídico determinado y el poder especialísimo, que es una modalidad que se confiere con el fin de llevar a cabo actos personalísimos como el matrimonio

¹⁹⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). *"Código civil"*. Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1253.

¹⁹⁶ Ver artículo 1255 del Código Civil.

o la donación. Siendo el tema del secreto bancario algo sensible, eventualmente podríamos asumir que es necesaria la constitución de un poder especial o especialísimo, pero el problema radica allí mismo, en que la legislación no lo señala de manera expresa.

Por otra parte, la legislación mercantil señala otras figuras tales como los comisionistas, profesionales que proceden ya sea por nombre propio o en nombre ajeno para la celebración de negocios. Asimismo, faculta al denominado factor para realizar negocios que se tendrán celebrados por cuenta del propietario de un establecimiento, al igual que el dependiente, que es aquel que se encarga la ejecución de ciertas actividades dentro de un establecimiento comercial. También señala el Código de Comercio un tipo de mandato mercantil llamado la carta – poder¹⁹⁷. Y en igual sentido, situamos aquí la representación de las sociedades mercantiles. Basta mencionar aquí que el Código de Comercio presenta serias deficiencias en razón de que hace referencia al secreto bancario en cuanto a las cuentas corrientes¹⁹⁸ exclusivamente.

Continuando con el tema de la representación, se sitúan aquí otros institutos como lo son la tutela, la curatela y el albaceazgo. Para tales efectos señalamos el voto 2105-08 del Tribunal de Familia, el cual señala que el Juez *A quo* rechaza la solicitud del curador procesal de la parte demandada, en tanto solicita que el juzgado pida *"a los bancos del Sistema Bancario Nacional certifique la existencia o no de cuentas corrientes o de ahorro, en moneda local o extranjera, y de depósitos a plazo a nombre de la actora y del demandado"*¹⁹⁹. En la citada sentencia, el Tribunal de Familia difiere del Juez *a quo* y arguye que *"...el curador en el ejercicio de su cargo ha solicitado una probanza que resulta razonable a fin de determinar si las partes tuvieron dineros, los cuales eventualmente podrían ser objeto de distribución a título de gananciales, obviamente el curador procesal no tiene esa información porque desconoce precisamente la situación patrimonial de las partes. Lógicamente que*

¹⁹⁷ Ver artículo 146 del Código de Comercio.

¹⁹⁸ *Ibid.* art. 615.

¹⁹⁹ Tribunal de Familia (10:50 27-11-2008). "Voto N° 2105-08". San José, Costa Rica.

la petición tiene que canalizarse por medio del Juzgado porque los bancos sólo brindarían esa información ante una orden judicial por el secreto bancario²⁰⁰”. Queda en evidencia que la legislación no es certera respecto al acceso que se tiene a las cuentas bancarias a través de la figura de la curatela, y que dicha imprecisión puede hacer al juzgador incurrir en error, tal y como vimos en el anterior ejemplo.

En el caso específico del curador procesal, debe ejecutar todos los actos necesarios para establecer una efectiva defensa del demandado, sin embargo, como vemos la orden judicial para obtener información bancaria, resulta ser una constante, y nuestra legislación no especifica de modo inequívoco en cuales supuestos pueden obtenerse tales datos, por lo que resulta ser una tarea interpretativa por parte del juez.

Igual situación podría ocurrir en caso de quiebras e insolvencias, o en procesos sucesorios donde intervenga un albacea, que para tales efectos tiene facultades de mandatario con poder general²⁰¹.

La patria potestad constituye otro modo de representación. Para nuestro interés cabe rescatar que *“La patria potestad comprende el derecho y la obligación de administrar los bienes del hijo menor...²⁰²”*. Efectivamente, el Código de Familia es enfático respecto a éste; sin embargo, una vez más la normativa resulta imprecisa en relación al acceso informativo y manejo del haber bancario de un menor, lo cual podría conducir a interpretaciones erradas e inclusive al gasto de recursos en procesos judiciales a fin de determinar en cada caso específico si es o no aplicable el secreto bancario. Más aún, nos adelantamos a citar el hecho de que el Código de Familia establece un régimen patrimonial familiar, lo cual podríamos asumir que involucra el interés de un grupo de sujetos; sin embargo, no hace mención respecto al secreto bancario. En cuanto al mandato y la representación, queda clara la omisión normativa,

²⁰⁰ Tribunal de Familia (10:50 27-11-2008). “Voto N° 2105-08”. San José, Costa Rica.

²⁰¹ Ver artículo 548 del Código Civil.

²⁰² REPÚBLICA DE COSTA RICA (2004). *“Código de Familia”*. Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art 145.

pues según nuestro criterio la ley debe tener una constitución clara, que especifique las limitaciones o atribuciones de cada figura jurídica respecto a la aplicación o excepción al secreto bancario. En definitiva, dentro del sector de las excepciones al secreto bancario, queda claro que, efectivamente, existen algunos supuestos en los que el mandato y la representación otorgan una válida facultad sea al mandatario o representante de acceder a los datos originados a través de una relación de intermediación financiera.

B- Régimen patrimonial familiar

Indudablemente, la familia constituye la base de toda sociedad, e inclusive es deber Estatal ofrecer protección especial a la familia, la cual constituye toda una unidad entre los integrantes de la misma. Parte importante del núcleo familiar se incorpora dentro del patrimonio familiar, sobre todo a saber sobre la necesidad existente de proteger los intereses de los menores, el consorte, participación hereditaria y lograr así una garantía de que la administración de los bienes patrimoniales de una familia, irá en función de protegerlos. El patrimonio corresponde a una universalidad de bienes; así, que dentro de un núcleo familiar, todos sus miembros tendrán participación en él.

Según se ha expuesto, y consientes de la necesidad que existe de regular el accionar respecto al patrimonio familiar, el legislador se ha encargado de crear institutos que logren establecer un orden al respecto.

Dadas las diversas circunstancias que ocurren dentro del seno familiar, en búsqueda de proteger los intereses patrimoniales de todo el grupo familiar, y dada la unidad existente entre sus miembros, es probable que en ciertos supuestos, la solicitud de información bancaria formulada por algún miembro de un núcleo familiar acerca de uno de sus homónimos pueda constituirse como una excepción al secreto bancario.

Esta situación será tratada a partir de varios medios instituidos por la legislación, los cuales versan sobre la disposición de bienes gananciales ya sea

mediante capitulaciones matrimoniales, el divorcio, a través de la separación judicial, o bien sin que medie una separación entre cónyuges, por medio de la liquidación anticipada de bienes gananciales. Dejamos en claro, entonces, que en cuanto a nuestra posición central dentro de este análisis del patrimonio familiar y sus excepciones dentro del secreto bancario, ubicaremos nuestro cuidado en los bienes que ostentan un carácter de ganancialidad dentro de este tema.

Previo a este análisis y como parte importante del posterior estudio, debe tenerse en claro la significación del término ganancial, el cual se entenderá así *"el calificativo de ganancial, en su filosofía y en el ordenamiento jurídico positivo, hace referencia a un determinado bien adquirido durante la existencia del vínculo matrimonial, mediante el esfuerzo y la cooperación real y efectivos de ambos cónyuges. En relación con su significado se ha indicado que " bienes gananciales son todos aquellos adquiridos a título oneroso dentro del matrimonio, mediante el trabajo, el esfuerzo y la cooperación de ambos cónyuges en su comunidad de vida y que han significado un aumento en el patrimonio de cada uno de ellos, respecto del que se aportó al constituirse el matrimonio. Observamos así que los bienes gananciales son aquellos que implican un aumento de capital, un acrecentamiento patrimonial, forjado mediante el esfuerzo común de los esposos". (Trejos Salas, Gerardo y Ramírez, Marina. Derecho de Familia Costarricense. Tomo I, San José, Editorial Juricentro, segunda edición, 1998. p. 225). Ese esfuerzo común de los cónyuges se desprende de su colaboración no solo en lo material, sino también en lo moral y en la entrega de ambos por ir, día con día, satisfaciendo las necesidades del hogar y debe partirse siempre, salvo prueba fehaciente en contrario, de que ambos cónyuges velan y se esfuerzan, en la medida de sus posibilidades, por el mejoramiento de las condiciones de la familia; razón por la cual, se presumen gananciales los bienes que adquieran durante la vigencia plena de su matrimonio.²⁰³ "*

²⁰³ Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (09:40 16-01-2009). *"Voto N°35-09"*. San José, Costa Rica.

Una vez clara esta concepción, resta tener en consideración los siguientes institutos jurídicos, que establecen el proceder respecto la repartición de los bienes gananciales, y su eventual injerencia dentro del derecho de reserva bancaria:

1- Capitulaciones matrimoniales²⁰⁴

Este instituto se caracteriza por ser un negocio jurídico en la mayoría de oportunidades, bilateral, que es celebrado entre los cónyuges o futuros contrayentes, antes de las nupcias o durante el matrimonio, cuya finalidad es la de regular el haber patrimonial presente y futuro. Este contrato deberá plasmar la libre voluntad de las partes, con respecto a aquellas normas que regirán el uso, disfrute, y eventual distribución de los bienes que tengan previo a contraer matrimonio y a aquellos que adquieran durante la duración de este. Lo particular de este medio de distribución de bienes radica en que no solo pueden instituirse cláusulas que regulen los bienes presentes y futuros, sino que pueden determinar todo lo relativo a la administración de bienes, dinero, y demás activos. Inclusive, podría plantearse la posibilidad de que ambos cónyuges tengan igual participación en el disfrute del haber patrimonial familiar y gozarían de las mismas condiciones, en cuyo caso, tanto el cliente bancario como su cónyuge no solo podrían disponer del dinero y demás servicios a su favor dentro de la institución financiera, sino que, además, podrán indistintamente solicitar cualquier tipo de información acerca de su situación financiera en tal entidad. Planteando dicha situación, sería posible que tanto el cliente como su cónyuge puedan solicitar estados de cuenta, información sobre movimientos crediticios, cuentas corrientes e inclusive solicitar datos sobre la información personal que conste en el expediente bancario. Precisamente, consideramos las capitulaciones matrimoniales como una excepción al secreto bancario, si tenemos en cuenta la posibilidad de que en ellas se incorpore la voluntad de ambos cónyuges de administrar sus cuentas bancarias de manera conjunta, en cuyo caso, el banco o la entidad financiera quedaría exenta del deber de guardar el secreto bancario, y por ende eximida de cualquier

²⁰⁴ Ver artículo 37 del Código de Familia.

responsabilidad derivada, ya que lo expresado en las capitulaciones matrimoniales sería una justa causa de justificación para suministrar la información solicitada por el cónyuge, siempre que el contrato sea verificado por la institución financiera, en tanto que debe cumplir con todas las formalidades de ley, y en su contenido demostrar el consentimiento expreso de los cónyuges de administrar de manera comunitaria su haber patrimonial. Pese a que las capitulaciones matrimoniales se perfilan como una excepción del secreto bancario, nuestra legislación no contempla específicamente en el Código de Familia reglas específicas a seguir respecto al eventual levantamiento de la reserva financiera.

2- Liquidación de bienes gananciales

Habiendo ya determinado la noción de bienes gananciales, es necesario considerar su liquidación como una excepción más al deber de confidencialidad bancaria, según nuestra posición y en razón del siguiente análisis. Al respecto, el artículo 41 del Código de Familia establece: *"Al disolverse o declararse nulo el matrimonio, al declararse la separación judicial y al celebrarse, después de las nupcias, capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge adquiere el derecho de participar en la mitad del valor neto de los bienes gananciales constatados en el patrimonio del otro. (...) Los tribunales, de oficio o a solicitud de parte, dispondrán tanto la anotación de las demandas sobre gananciales en los Registros Públicos, al margen de la inscripción de los bienes registrados, como los inventarios que consideren pertinentes²⁰⁵".* (Resaltado no es del original) De esta manera, los cónyuges adquieren un derecho personal de participación sobre el cincuenta por ciento del valor de los bienes gananciales, pero atrae nuestra atención en particular el hecho de que esta norma permite a ambos cónyuges solicitar a los tribunales competentes llevar a cabo el inventario que sea necesario para establecer cuales bienes constan en el haber del otro cónyuge; es aquí donde las entidades financieras encuentran una válida causa de justificación para suministrar datos confidenciales acerca de sus clientes, siempre y cuando sea una resolución judicial la que sustente dicho

²⁰⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2004). "Código de Familia". Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art 41.

proceder. Esto ocurre cuando se presupone una disolución del vínculo matrimonial; sin embargo, el caso más singular sobre la repartición de bienes gananciales surge en presencia de la liquidación anticipada de bienes gananciales, ya que en este caso el interés no radica en la disolución del matrimonio, sino en resguardar el interés económico de una de las partes. Al respecto, el artículo arriba citado hace referencia: *"Podrá procederse a la liquidación anticipada de los bienes gananciales cuando el Tribunal, previa solicitud de uno de los cónyuges, compruebe, de modo indubitable, que los intereses de éste corren el riesgo de ser comprometidos por la mala gestión de su consorte, o por actos que amenacen burlarlo²⁰⁶".* Queda claro aquí que ésta puede ocurrir únicamente si el cónyuge solicitante logra demostrar de manera efectiva que sus intereses están en riesgo en función actos realizados por su consorte, que bien pueden ser a través de una mala administración de los bienes, o por medio de acciones dirigidas a distraer de manera consiente parte o la totalidad de los bienes, a fin de que el otro cónyuge no pueda disponer de ellos en el presente o a futuro. Aquí se presenta otra excepción al secreto bancario, pues en busca de la liquidación anticipada, podría solicitarse a la entidad financiera que se brinden datos, a fin de lograr un inventario completo sobre los bienes que se buscan liquidar. Esto puede ocurrir, y ser un proceder legítimo, si tal información es suministrada en acatamiento a una resolución judicial, tal y como lo vemos al seguir la lectura de la norma anteriormente transcrita.

En recapitulación, la liquidación de bienes gananciales permite a los cónyuges solicitar información sobre el haber patrimonial de su consorte, y dicha solicitud puede ser materializada a través de una resolución judicial que la sustente, y le otorgue al banco, cimientos legales suficientes para cumplir con dicha solicitud, constituyéndose entonces el levantamiento del secreto bancario. Pese a estas afirmaciones, la normativa que regula los bienes gananciales no esgrime criterios específicos sobre el levantamiento del secreto bancario, lo cual en ciertos casos es de vital importancia, pues en muchas ocasiones el

²⁰⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2004). *"Código de Familia"*. Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art 41.

patrimonio familiar se encuentra conformado en gran medida por capital acumulado en bancos u otras entidades financieras, ergo, tal situación, resultará más adelante en nuestro estudio importante para demostrar una de las tantas omisiones que adolece nuestra legislación respecto al secreto bancario.

C- Acreedores del cliente bancario

A partir de la conformación de un crédito, es el deudor quien está en situación de desventaja, toda vez que está compelido a cumplir con la obligación del pago, y se mantiene en una situación de desventaja respecto a sus acreedores. Sin embargo, la ley permite al acreedor a influir de manera directa sobre el patrimonio de su deudor, a fin de salvaguardar el cumplimiento futuro de la obligación, esto en procura de que los créditos sean cancelados y que el mercado financiero tenga un transcurrir solvente. Al respecto el Código Civil establece:

"...Sin embargo, el acreedor puede obrar de plano sin autorización judicial, y aunque su deuda sea condicional o no sea exigible, cuando sólo se trata de hechos que tiendan a la conservación del patrimonio del deudor, precaviendo perjuicios irreparables, como el de una prescripción, o el que resultaría de dejarse ejecutar una sentencia."²⁰⁷ "

Este tipo de instituto conocido como acción oblicua, por ejemplo, permite ver que el acreedor ostenta ciertos derechos, respecto a su deudor, siempre dirigidos a proteger el pago correspondiente. Sobre el tema señala el Tribunal Segundo Civil Sección II que la "acción oblicua o indirecta, que es "aquella que se da en virtud del principio de que "los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona." (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, 6a reimposición, 1983, p. 9), acción que tiene cabida en nuestro ordenamiento

²⁰⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 716.

legal en los artículos 715 y siguientes del Código Civil²⁰⁸ ". Pero además de resaltar este aspecto, indicamos que nuestro interés radica en determinar si este derecho que tiene el acreedor de garantía a través de los bienes del deudor, permite efectuar el levantamiento del secreto bancario.

La acción oblicua por sí misma, al igual que los demás institutos analizados, no significan en sentido estricto una excepción al secreto bancario, ya que como se analizó anteriormente, este tipo de información no puede ser revelada por los bancos, sus funcionarios, ni por las entidades supervisoras del sistema financiero. Pese a esto, lo que si existe es la facultad de realizar dicho examen sobre la actividad bancaria de un cliente, inclusive en sede civil²⁰⁹, a fin de garantizar el patrimonio de la parte actora.

Al respecto se puede citar la atribución del juez a través de su intervención:

"Artículo 292.- Documentos. Si el actor no tuviere a su disposición los documentos conducentes, indicará el archivo, la oficina pública o el lugar en el que se encuentren. El juez ordenará, por medio de exhorto, que sean certificados como acto previo al emplazamiento.²¹⁰ "

En igual sentido se encuentra la acción pauliana²¹¹, la cual se ejerce a fin de decretar la ineficacia de cualquier movimiento patrimonial que lleve a cabo el deudor y que vaya en detrimento de los derechos del acreedor. Básicamente, el Código Civil contempla dicha figura para resguardar el cumplimiento de las obligaciones en caso de que se presenten *"actos o contratos dolosos y defraudatorios realizados por el deudor²¹² "*.

²⁰⁸ Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda (09:10 20-10-1998). "Voto N° 347-98". San José, Costa Rica.

²⁰⁹ Debemos tener en cuenta, además, el procedimiento penal instituido mediante la Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones, ya mencionado en apartados anteriores.

²¹⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2004). "Código procesal civil". Décima edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 292.

²¹¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 848.

²¹² VARGAS ARAYA, Cristian Miguel (1999). "Títulos Valores en materia de bienes gananciales". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, p 119.

Es decir, que se resguarda el haber patrimonial del deudor en función de garantizar el crédito constituido a favor del acreedor.

Así, pues, a través de la acción pauliana, podría solicitarse la revocatoria de un movimiento bancario de tipo fraudulento realizado por parte del deudor.

En resumen, se dice que el haber bancario de un individuo, puede llegar a constituir una parte importante de la universalidad del patrimonio del mismo; por ende, resulta de gran trascendencia para los acreedores, en tanto que la cancelación de los créditos podría llevarse a cabo o no, en función del capital bancario de un individuo. Así que en virtud de proteger el sistema financiero, y garantizar el patrimonio de los acreedores, resulta de vital importancia la búsqueda de la verdad real la cual consiste en *"dilucidar los hechos, hacer justicia, que es la ciencia de la verdad, y el derecho"*²¹³, lo que quiere decir que prevalece el establecimiento de todas las circunstancias necesarias para determinar una correcta aplicación de la justicia, siendo las transacciones bancarias a nuestro parecer, un eslabón importante dentro de la determinación de dichos acontecimientos.

Queda plasmada por el legislador la necesidad de proteger los derechos del acreedor, ya que las cuentas de ahorros, corrientes, certificados y demás resultarían ser una efectiva forma de garantizar el pago de obligaciones, por lo que sería también significativo incluir de manera precisa los derechos del acreedor sobre el haber bancario de su deudor. Por lo tanto, sería importante definir en nuestra normativa, si el acreedor puede específicamente tomar acciones para garantizar el pago de la deuda. Por ejemplo, explicar de una manera concreta, si un acreedor podría efectuar como parte de una acción oblicua, el cobro efectivo de un certificado de depósito a plazo, o bien estar informado sobre una hipoteca que recae sobre el bien que se ha puesto en garantía. Estas y muchas otras situaciones podrían ocurrir; sin embargo, las normas carecen de precisión al respecto. Parte de este estudio es evidenciar

²¹³ Ver VARGAS ARAYA, *op. cit.*, p 136.

tales carencias y por ende será importante ocuparse de estudiar de manera más minuciosa los detalles que aquejan nuestro ordenamiento en lo concerniente al secreto bancario y las excepciones que permiten acceso a los datos que este protege.

D- El interés público

Como fue tratado en apartados anteriores, el interés público tiene supremacía inclusive en muchas oportunidades acerca de informaciones sobre las acciones de organismos estatales, esto por cuanto los individuos vistos como una colectividad tienen derecho a conocer temas de finanzas estatales y temas relacionados con el uso de los recursos públicos en general.

El secreto bancario trata de evitar precisamente que la búsqueda de información sea arbitraria, en el sentido de que no podemos sin legítimo derecho indagar sobre los movimientos bancarios de un individuo. En suma, busca eliminar un proceder inoportuno de los sujetos que tratan de acceder a la información, otorgándole a la información bancaria un carácter privilegiado.

Pese a esto, y como se ha indicado, en aquellos casos en que se involucra el interés público, éste prima sobre el secreto bancario, así por ejemplo, cuando se persigue un delito, puede levantarse el secreto bancario en función del interés público existente en la búsqueda de aplicar la punición pertinente para dicho caso.

Lo mismo ocurre en aquellos casos en que el interés público se presenta en función de analizar el comportamiento estatal. Así, por ejemplo, nuestra Constitución Política señala que *"...La Administración Pública en sentido amplio, estará sometida a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal para los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes."*²¹⁴

²¹⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2008). *"Constitución Política"*. Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editas, art. 11.

Por motivo de esto, se puede afirmar que las actuaciones del Estado pueden ser sometidas al escrutinio público. Es a partir de este artículo que se desprenden principios de transparencia y publicidad administrativas, lo que quiere decir que el Estado y los entes que lo conforman no solo tienen una obligación de publicitar sus actuaciones, sino que además deben ser accesibles en sus departamentos al momento de que algún ciudadano busque información²¹⁵.

Básicamente, el texto constitucional busca plasmar un control ciudadano sobre los actos administrativos, para que así se garantice la correcta administración de los intereses del país a través de cada uno de los administrados.

La jurisprudencia²¹⁶ indica que para dicho control, los ciudadanos pueden recurrir a diversos instrumentos al momento de ejercer dicho derecho, de forma que pueden acudir al uso de bases de datos, recursos electrónicos, expedientes, archivos y cualesquiera medios que tengan a su alcance.

Lo importante aquí es tener en claro los límites que atribuyen a los individuos el derecho de buscar y difundir esta información. Al respecto, señala la Sala Constitucional que los límites del derecho de acceso a la información administrativa radican en cuatro fundamentales tanto intrínsecos como extrínsecos "1) El fin del derecho es la "información sobre asuntos de interés público de modo que cuando la información administrativa que se busca no versa sobre un extremo de tal naturaleza el derecho se ve enervado y no se puede acceder"... 2) Quedan a salvo los secretos de Estado... 1) El artículo 28 de la Constitución Política establece como límite extrínseco del cualquier derecho la moral y el orden público... 2) El artículo 24 de la Constitución Política le garantiza a todas las personas una esfera de intimidad intangible para el resto de los sujetos de derecho..."²¹⁷". Nos interesa sobre todo lo analizado por

²¹⁵ Ver artículo 30 de la Constitución Política.

²¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:58 05-09-2008). "Voto N° 13658-08", San José, Costa Rica.

²¹⁷ Ibid.

los magistrados en cuanto a que el fin de esta atribución llega cuando la información que se busca *no versa sobre temas de interés público*, lo cual está íntimamente relacionado con lo estipulado por el artículo 24 de la Constitución Política, lo que quiere decir que se puede buscar información siempre que no se desvíe del interés público y se irrumpa en la esfera de los intereses privados.

En este caso, se puede argüir que la jurisprudencia es constante en el tanto que se puede de manera legítima levantar el secreto bancario para obtener información referente al manejo de fondos y transacciones gubernamentales. Así por ejemplo, puede aplicarse de manera correcta a los movimientos que realiza el Ministerio de Hacienda en cuanto a los fondos públicos, siempre que no verse sobre información de un sujeto de derecho privado.

En ese mismo aspecto, puede señalarse que la jurisprudencia en reiteradas ocasiones reconoce el derecho legítimo de levantar el secreto bancario, con el fin de que los individuos obtengan conocimiento respecto de las contribuciones financieras que reciben los partidos políticos²¹⁸, situación que recurrentemente ha sido dirimida a través de las resoluciones de la Sala Constitucional, aplicando los principios constitucionales y en busca de aclarar la situación ocurrida frente a una normativa inconsistente.

En cuanto a esta situación, se ha dado un avance significativo, ya que ha sido aprobada una importante reforma al Código Electoral²¹⁹, que abarca precisamente el tema de la supervisión de las contribuciones privadas, buscando una mayor transparencia en tales casos.

En lo pertinente al tema de estudio, se destacará el siguiente artículo:

²¹⁸ Ver en ese sentido votos "N°3489-03 y N°14201-2004" de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia entre otros.

²¹⁹ Reforma al Código Electoral tramitada mediante el expediente 14 268, aprobado en el Plenario Legislativo en su segundo debate el 11 de agosto de 2009.

*"Artículo 110.- Obligación de Informar: Para garantizar el cumplimiento del principio de publicidad contenido en el artículo 96 de la Constitución Política, los partidos políticos, por medio del tesorero o la tesorera, estarán obligados a informar, trimestralmente, a la dirección general de financiamiento político del Tribunal Supremo de Elecciones, sobre las donaciones, contribuciones o aportes que reciban. sin embargo durante el período comprendido entre la convocatoria y la fecha de elección, el informe deberá ser mensual. **toda la información contable de los partidos políticos es de acceso público a través del Tribunal Supremo de Elecciones.**"²²⁰ (Resaltado no es del original)*

Como se evidencia, este es un avance significativo, y su aplicación actual indica un crecimiento normativo en cuanto al manejo de información financiera, pues se decreta un interés público bien definido y que se perfila como una excepción al secreto bancario perfectamente instituida a través de la ley. Pese a ello, recordemos que el tema del interés público no se supedita de manera estricta al tema de los partidos políticos.

Otra muestra de esta polémica respecto a los temas de interés público ocurre en aquellos casos en que terceros buscan información sobre el funcionamiento de un banco, teniendo siempre en cuenta que la actividad bancaria se encuentra destinada a cumplir con una serie de preceptos legales que implican un interés público; y considerando también que *"debe tomarse en cuenta que la actividad que realizan constituye un servicio público y que, en general, en Costa Rica, la actividad bancaria, privada y pública es de "interés general"*²²¹. Concretamente, la Procuraduría General de la República se pronunció²²² respecto al caso del extinto Banco Anglo Costarricense, señalando que los ciudadanos tienen el derecho de conocer las operaciones irregulares y anormales del Banco, esto en función del interés público involucrado. Una vez más se mantiene el interés público como determinante limitación ante el

²²⁰ República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Código Electoral". Art. 110.

²²¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (1994). "Dictamen 148 del 12-09-1994". San José, Costa Rica.

²²² *Ibid.*

secreto bancario, por lo que sería permitido el acceso a tal información a fin de fiscalizar y respaldar los intereses de una colectividad. En este caso específico señala el órgano mencionado que tal facultad es aplicable únicamente en los casos en que existe una actividad irregular, consecuentemente, si existe un proceder normal en las transacciones no puede argumentarse el Interés público para levantar el secreto bancario. Sabemos, entonces, que es el mismo banco quien puede determinar si existe un procedimiento normal o no, y por lo tanto, determinar si se puede o no publicitar tal información.

En estos casos, se entrevé un interés colectivo, pues existen inversionistas, e inclusive las utilidades estatales involucradas en el asunto, además de la existencia de gran cantidad de irregularidades en las transacciones actuadas por este banco. Pero lo más importante reside en los criterios que llevaron a determinar si existe información de interés público o privado. En apartados anteriores ya hicimos nota de este problema, pues estos son términos jurídicos indeterminados, es decir, que cada situación diverge de otra, por lo tanto es bastante difícil de determinar.

Primero, es necesario saber que no todos los asuntos e informaciones que se manejan en una entidad financiera se revisten por el carácter del interés público, más bien, debemos entender que gran parte de la información manejada ostenta un carácter privado.

Teniendo eso claro, se puede decir que la información que manifiesta un carácter privado es aquella que le es de interés exclusivo al particular. Esto significa, que la simple averiguación sin fundamentos, no es factor que permita suministrar datos protegidos por el secreto bancario, tratándose de datos que le conciernen sólo a su titular.

Pese a estas afirmaciones, se reitera que éstos constituyen términos jurídicos indeterminados, lo que significa que no existe una definición conceptual exacta de los mismos a nivel normativo, y por lo tanto, este factor

se constituye en una debilidad más dentro de las señaladas respecto a la regulación existente en relación al secreto bancario.

El concepto de interés público en relación con la información solicitado se encuentra retratado en el artículo 30 constitucional, así lo señala la Sala Constitucional:

"...el artículo 30 constitucional dispone el libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público, salvo los secretos de estado. Tal redacción induce a restringir el ámbito de protección a la información resguardada en departamentos "administrativos", de conformidad a una interpretación gramatical; sin embargo, un examen más atento lleva a descubrir con relativa facilidad la íntima ratio de tal disposición: lo que en realidad resulta de interés para la protección constitucional no es el mero hecho de que cierta documentación esté ubicada físicamente en una dependencia administrativa, sino la condición fundamental de que la naturaleza de lo pedido sea de carácter público..."²²³

Este fragmento indica que el artículo en cuestión no se limita a garantizar el libre acceso a la información que consta en los departamentos administrativos, sino que va más allá, en el sentido de permitir que se acceda a toda aquella información que ostente un carácter público.

Retomando, se dice que en razón del interés privado, ocurre todo aquello que es ajeno al interés público, lo cual quiere decir que ambos conceptos son excluyentes, pero al ser indeterminados, pueden ocurrir conflictos de opinión, existiendo una "zona gris", en el sentido de que las entidades y funcionarios que deben someterse al deber de guardar confidencialidad respecto a los datos que reciben, lo que significa que muchas veces su interpretación es errónea, sobre si se aplica sobre un tema específico el interés público.

²²³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (16:13 31-03-2004). "Voto N°3407-2004". San José, Costa Rica.

Se debe insistir en que tal situación constituye una carencia de nuestro ordenamiento, por lo que es a través de las autoridades jurisdiccionales y consultivas que se despejan las dudas al respecto. Así que el ordenamiento podría captar al menos supuestos generales sobre cuales temas escapan de la esfera privada y atañen a la colectividad, esto con el fin de minimizar los tiempos de respuesta ante el control de la gestión financiera, evitando así que se recurra de manera innecesaria a resoluciones judiciales que resuelvan los conflictos referentes al acceso de cierta información.

1- Entes fiscalizadores del sistema financiero:

Se incluye la supervisión financiera en este apartado como una excepción que se caracteriza por el interés público que le reviste²²⁴, ya que la fiscalización favorece la erradicación en la comisión de delitos y también contribuye al buen funcionamiento del sistema financiero. A través del desarrollo de este tema, frecuentemente se expone la supervisión bancaria como uno de los elementos esenciales dentro de la intermediación, pero esto no significa únicamente supervisar las transacciones de créditos y débitos que se realizan a través de los bancos, pues la realidad mercantil indica que esta actividad ha tenido un crecimiento acelerado, y se ha dado la inclusión de contratos accesorios que van directamente ligados a los movimientos principales. Esto quiere decir que la supervisión de entidades financieras corresponde a una fiscalización integral que incluye las actividades accesorias ligadas a la intermediación financiera.

Para ilustrar tales aseveraciones, puede plantearse como ejemplo que si un sujeto requiere un préstamo, ciertas entidades financieras solicitan que el cliente en cuestión obtenga un seguro de vida, con el fin de garantizar el pago de su deuda en caso de que el deudor falleciera; aquí se estaría en presencia de un contrato de seguro, el cual no constituye como tal un contrato principal, pero es formulado en función de la intermediación financiera. Con todo esto se acota que la supervisión adquiere dimensiones mayores; por lo tanto, resulta un tema de gran interés, ya que ésta significa por sí misma el manejo

²²⁴ Véase artículo 115 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

interinstitucional de información, a través de acciones que se llevan a cabo con el fin de garantizar la transparencia en las transacciones que se tramitan y en busca del cumplimiento de los parámetros indicados por ley. Es por esto que tales entes fiscalizadores cuentan con facultades suficientes para solicitar y examinar el flujo de la información financiera en ciertos supuestos. Por esto se plantea la supervisión financiera como una excepción al deber de reserva en aquellos supuestos en que la ley lo permita.

Pese a existir una multiplicidad de entes controladores de la actividad financiera²²⁵, se analizará puntualmente tres entidades²²⁶ en razón de su trascendencia e intervención en las actividades accesorias que se desarrollan conjuntamente con la intermediación financiera; esto, con el objetivo de determinar si las facultades que emanan de la ley les permite el levantamiento integral del secreto bancario con el fin de cumplir sus objetivos. Estas entidades deben guardar reserva respecto a la información que manejan; sin embargo, no solo tienen tal obligación, sino que su función implica el examen de información financiera, por lo que es pertinente determinar si tales atribuciones se configuran como eximente del deber de sigilo. En resumen, a continuación se estudiarán las atribuciones de estas entidades a fin de establecer si los entes regulados pueden oponer el secreto bancario ante la solicitud de información llevada por estos entes fiscalizadores.

1.1- Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF):

Es un órgano de desconcentración máxima del Banco Central de Costa Rica²²⁷, cuyas sus atribuciones le permiten el examen integral de las operaciones que se tramiten por las distintas entidades financieras. Así estipula el artículo la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica:

²²⁵ Recordando que la supervisión no solo se da en función de la intermediación financiera, sino que abarca también las actividades accesorias a esta. Aquí pueden situarse las Superintendencias y las auditorías entre otros.

²²⁶ SUGEF, Contraloría General de la República y COPROCOM. En razón de la pluralidad de entidades de supervisión, el estudio se llevará a cabo específicamente respecto a la intervención puntual éstas tres entidades, como marco de referencia.

²²⁷ Véase artículo 115 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

"Artículo 134.- Supervisión y vigilancia. La Superintendencia realizará sus operaciones de supervisión y vigilancia sobre los entes fiscalizados, de la siguiente forma: a) El Superintendente, por sí o por medio de los funcionarios de la Superintendencia, podrá efectuar cualquier acción directa de supervisión o de vigilancia en las entidades fiscalizadas, en el momento que lo considere oportuno...²²⁸"

Se denota en esta norma, que la ley otorga facultades a la SUGEF para realizar sus labores de supervisión y vigilancia. Esta potestad se asocia directamente con el interés público, pues el trabajo de supervisión es de trascendencia para la colectividad. A pesar de esto, la legislación no otorga facultades plenas, pues como se mencionó en apartados anteriores la banca offshore se encuentra exenta de tal regulación por parte de la SUGEF²²⁹.

"La misión de la Superintendencia es vigilar la solvencia de los intermediarios financieros y brindar seguridad al público ahorrante inversionista, para lo cual recibe de las entidades fiscalizadas..., la información crediticia, estados financieros, información de Encaje Mínimo Legal..²³⁰", entre otros, quedando reflejado aquí, que la labor de la SUGEF requiere del proceso de datos proveniente de las entidades financieras.

Luego de lo expuesto, queda probado que la acción de supervisión realizada por la SUGEF constituye una excepción al secreto bancario, aunque no con facultades plenas, lo que significa que en la actualidad no se lleva a cabo una efectiva supervisión consolidada. La Procuraduría General de la República cita al respecto que *"...-en virtud de las facultades del órgano supervisor- la entidad financiera fiscalizada, incluso si es de naturaleza privada, debe proporcionar la información que se le solicite. Obligación que subsiste para efectos de la supervisión consolidada..²³¹"*. Pese a esto, este mismo dictamen

²²⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*. Compilado por Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.134.

²²⁹ Véase supra pp. 123-124.

²³⁰ ESCOTO LEIVA, Roxana (2007). *"Banca Comercial"*. Segunda reimpresión. San José, Costa Rica. Editorial: Universidad Estatal a Distancia, p. 162.

²³¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2005). *"Dictamen 320 del 06-09-2005"*. San José, Costa Rica.

explica que "...La Ley Orgánica del Banco Central no contiene una disposición expresa imponiéndole a las empresas no financieras el suministro de información y, permitiendo el acceso de la Superintendencia de que se trate. No obstante, esa regulación se hace a través de la sociedad controladora...²³²". Es claro, entonces, que sí existe facultad de supervisión por parte de la SUGEF, lo cual significa una excepción al secreto bancario; sin embargo, no es una supervisión integral, en tanto que la banca offshore es supervisada a través de los datos suministrados por las sociedades contraloras de las cuales forman parte.

Dada esta explicación, se concluye afirmando que la supervisión realizada por la Superintendencia General de Entidades Financieras constituye una excepción al deber de reserva financiera; sin embargo, ésta no es una facultad plena, dada las inconsistencias legislativas en materia de supervisión bancaria²³³.

1.2- Contraloría General de la República

Este es un órgano de gran importancia en el esquema institucional de nuestro país, el cual es definido por la ley de esta manera:

"Artículo 1.- Naturaleza jurídica y atribución general. La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley."²³⁴

La Contraloría es un órgano que goza de independencia absoluta, cuyas decisiones se someten exclusivamente a la Constitución Política, los Convenios y Tratados Internacionales y a la ley, cuya competencia se aplica a todos los entes públicos entre otros.

²³² PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2005). "Dictamen 320 del 06-09-2005". San José, Costa Rica.

²³³ Véase infra pp. 273-278.

²³⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Ley orgánica de la Contraloría General de la República". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, Art. 1.

Una de las atribuciones principales de esta entidad radica en la fiscalización de la hacienda pública, que busca un manejo adecuado de los fondos públicos, debidamente ajustado a la ley.

Este carácter fiscalizador en las dependencias de la Contraloría General de la República se reviste de un marcado interés público, por lo que se analiza como una excepción al secreto bancario, en el cumplimiento de tal labor. Sin embargo, los datos que obtenga esta entidad en relación con sus funciones también se encuentran protegidos por el deber de confidencialidad. Entonces, la Contraloría puede solicitar información a las entidades financieras a fin de garantizar los procesos de auditoría y fiscalización, sobre todo en el caso de los bancos estatales, los cuales constituyen parte de la hacienda pública.

Este acceso informativo lo garantiza la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República en su artículo 13:

"Artículo 13.- Garantía de acceso y disposición de información

*Con las salvedades de orden constitucional y legal para cumplir con sus cometidos, la Contraloría General de la República **tendrá acceso a cualquier** fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos.*

Con las salvedades de orden constitucional y legal, la Contraloría General de la República tendrá acceso a la contabilidad, correspondencia y en general a los documentos emitidos o recibidos por los sujetos pasivos privados, para el ejercicio del control y la fiscalización aquí contemplados...²³⁵" (Resaltado no es del original)

Esta norma estipula que esta entidad puede acceder a cualquier fuente o sistema de información, excluyendo únicamente las excepciones comprendidas por la constitución. Por lo tanto podría haber discrepancia aquí, si es oponible el

²³⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Lev orgánica de la Contraloría General de la República". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, Art.13.

deber de sigilo financiero, ante la facultad de la Contraloría a obtener acceso a la información financiera.

Precisamente, tal inquietud fue planteada por la SUGEF²³⁶, ante la Procuraduría General de la República, ya que la Contraloría le solicitó en cierta oportunidad información sobre el Banco Nacional de Costa Rica. En tal caso, la SUGEF, se encuentra sujeta a la prohibición impuesta por la ley²³⁷. En este caso *"...la SUGEF considera que a la Contraloría solo le puede suministrar la información que ordinariamente brinda al público sobre la situación económica y financiera de las entidades y grupos financieros sujetos a su fiscalización..."*²³⁸. Con esto, la SUGEF razona que la excepción al secreto bancario, puede ocurrir únicamente ante una orden judicial, pues la facilitación de tal información de manera indiscriminada podría concluir en un perjuicio para el sistema financiero nacional.

Dicho criterio no fue compartido por la Contraloría, sobre todo porque la ley indica que *"la información que requiera la Contraloría General de la República en ejercicio de sus atribuciones"*²³⁹ no constituye parte de las prohibiciones expresas acerca del manejo de información realizado por la SUGEF. Ante tal divergencia de opiniones se plantea la consulta ante la Procuraduría General de la República, la cual explica que *"En razón del origen constitucional de las potestades y facultades de la Contraloría General se sigue, como lógica consecuencia, que la confidencialidad establecida en el artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central no puede serle opuesta. Por lo que la Contraloría tiene la facultad de solicitar a la Superintendencia General de Entidades Financieras la información y documentos referidos a los entes públicos financieros y de los entes financieros privados que califiquen como*

²³⁶ Debe tenerse presente que las facultades otorgadas por ley a la SUGEF constituyen excepción al secreto bancario, sin embargo, existe un carácter dual, pues ésta entidad también está obligada a guardar confidencialidad ante terceros.

²³⁷ Ver artículo 132 de la LOBCCR.

²³⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2002). "Dictamen 61 del 25-02-2002". San José, Costa Rica.

²³⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica". Compilado por Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art. 132 inciso E.

sujetos pasivos de control de la Contraloría, en el tanto esa información o documentos estén relacionados con los fondos públicos.²⁴⁰”

Asimismo, tal dictamen explica que la potestad de la Contraloría de acceder a documentos resguardados por el deber de sigilo se adscribe en exclusiva a su ámbito de competencia, por lo que dicha facultad no se le atribuye en el caso de entidades que no administren o custodien fondos públicos o bien que reciban beneficios patrimoniales de entidades que integren parte de la Hacienda Pública.

Se concluye entonces que las potestades de la Contraloría General de la República se configuran como excepción al secreto bancario; sin embargo, tal excepción es aplicable únicamente en aquellos casos en que tal ente actúe en razón de su competencia, es decir, que puede acceder a información de las entidades financieras, siempre que sea en el desarrollo de sus funciones vinculadas con la competencia que le otorga la ley, por lo que esta atribución de la Contraloría es irrestricto, sino que ha sido otorgado por la ley a fin de garantizar el buen manejo de la Hacienda Pública.

1.3- Comisión para promover la competencia (COPROCOM)

Este es un órgano adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, el cual goza de máxima desconcentración²⁴¹, cuyos principales objetivos radican en conocer y regular toda práctica de competencia desleal que entorpezca la fluidez del mercado, la regulación de las prácticas monopolísticas y la protección del consumidor, entre otros.

Es preciso aclarar aquí que este órgano obtiene a través de la ley una amplia gama de facultades que permiten su accionar²⁴², no solo en el ámbito mercantil de manera general, sino también en el sector bancario de nuestro país.

²⁴⁰ PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2002). “Dictamen 61 del 25-02-2002”. San José, Costa Rica.

²⁴¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). “Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor”. Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 21.

²⁴² Ver en ese sentido Ley de promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

Las funciones de esta entidad se revisten de un marcado interés público, el cual tiene sustento en la Constitución Política la cual indica:

"Artículo 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.

Es de Interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos, a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.²⁴³" (Resaltado no es del original)

Precisamente, en este artículo se refleja la necesidad de crear un régimen de protección a los individuos, que asegure sus derechos como consumidores, pero además de esto busca promover una atmósfera mercantil apta para el crecimiento comercial, que esté libre de monopolios (salvo los permitidos por ley) y prácticas de competencia desleal.

²⁴³ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2008). "Constitución Política". Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Edilec, art. 46.

Es así como surge la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, y con ésta la creación de la Comisión para Promover la Competencia, la cual tiene como competencia fundamental el aseguramiento de un ambiente óptimo para el mercado comercial, a través mecanismos de fiscalización y sanción que eviten las prácticas desleales y los monopolios.

Para tener de manera más clara la competencia de la COPROCOM y de esta ley, transcribimos el artículo 9 de la misma el cual estipula:

"Artículo 9.-Campo de aplicación

La normativa de este capítulo se aplica a todos los agentes económicos, con las salvedades y las previsiones indicadas en este capítulo.

Se exceptúan de la aplicación de la normativa de este título:

- a) Los agentes prestadores de servicios públicos en virtud de una concesión, en los términos que señalen las leyes para celebrar las actividades necesarias para prestar esos servicios, de acuerdo con las limitaciones establecidas en la concesión y en las regulaciones especiales.*
- b) Los monopolios del Estado creados por ley, mientras subsistan por leyes especiales para celebrar las actividades expresamente autorizadas en ellas. (Así reformado por el artículo 73 de la ley N° 8642 del 4 de junio de 2008).²⁴⁴"*

Queda aquí demostrado, entonces, que el sector bancario es uno de los tantos que se encuentran adscritos a la competencia de la COPROCOM; por ende, resulta preciso relacionar el citado órgano en virtud del manejo de la información financiera.

La función fiscalizadora de la COPROCOM no es directamente ligada con el sector de la intermediación financiera, pero como hemos analizado en otros apartados de nuestro estudio, actualmente existen diversidad de actividades accesorias que representan un sector del área de servicios al consumidor.

²⁴⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su reglamento". Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 9.

Para ilustrar este argumento, en el área de los seguros por ejemplo, si un individuo obtiene un crédito y como garantía ofrece un vehículo; muchas entidades formulan contratos de adhesión²⁴⁵ que incluyen como requisitos que se adquiera un seguro para prever cualquier desmejora en el objeto de su garantía.

Inclusive, muchas entidades financieras en el presente solicitan que el deudor suscriba un seguro de vida, a fin de garantizar el pago del crédito.

En dicho caso, la formulación de tales contratos accesorios pueden resultar objeto de conocimiento de la COPROCOM, por lo que existiría una conexión con la actividad financiera propiamente dicha.

Aquí es necesario determinar si las facultades de la COPROCOM constituyen una excepción al secreto bancario. Al respecto, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece:

"Artículo 67.- Documentos e información. Los comerciantes, a requerimiento de la Comisión para promover la competencia, de la Comisión nacional del consumidor y del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, están obligados a:

a) Entregar, con carácter de declaración jurada, los informes y los documentos que se consideren necesarios para garantizar el ejercicio de sus funciones. La información suministrada es confidencial y el funcionario que viole el secreto de los datos confidenciales incurre en falta grave en el ejercicio de sus funciones...²⁴⁶" (Resaltado no es del original)

Nótese que en este artículo se hace referencia a los comerciantes, y en sentido estricto no hace referencia a las entidades financieras; sin embargo, la misma ley define comerciante como:

²⁴⁵ Véase en ese sentido artículo 2 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

²⁴⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). *"Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor"*. Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 67 inciso A.

"Comerciante o proveedor

Toda persona física, entidad de hecho o de derecho, privada o pública que, en nombre propio o por cuenta ajena, se dedica en forma habitual a ofrecer, distribuir, vender, arrendar, conceder el uso o el disfrute de bienes o a prestar servicios, sin que necesariamente esta sea su actividad principal.

Para los efectos de esta Ley, el productor, como proveedor de bienes, también está obligado con el consumidor, a respetarle sus derechos e intereses legítimos...²⁴⁷" (Resaltado no es del original)

En razón de este tipo de funciones accesorias, vemos que las entidades financieras han de considerarse como comerciantes para tales efectos, dado que ofrecen servicios, término que es aplicable pese a que su actividad principal difiera del área de servicios inclusive.

La COPROCOM se ocupa de conocer aquella información que versa sobre la relación existente en la oferta de servicios dirigidos a un consumidor, visto este último como:

"...Toda persona física o entidad de hecho o de derecho, que, como destinatario final, adquiere, disfruta o utiliza los bienes o los servicios, o bien, recibe información o propuestas para ello...²⁴⁸"

Este término puede aplicarse al cliente de la entidad bancaria, en caso de que éste disfrute o se le ofrezca un servicio, en virtud de la actividad principal, situación que ocurre normalmente a través de un contrato de adhesión²⁴⁹.

²⁴⁷ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 2.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Ver MÉNDEZ ROSALES, W y ORTIZ ÁLVAREZ, R (1996) "Estudio sobre la Comisión para Promover la Competencia y la Comisión Nacional del Consumidor". Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Entonces, se concluye que efectivamente es aplicable la legislación antes mencionada, en tanto que se faculta a la COPROCOM para solicitar todo tipo de informes y documentos, siempre que estos sean necesarios para desempeñar sus funciones.

La legislación en este sentido es muy abierta, pues el artículo supra citado indica que debe ser entregado a la COPROCOM todo informe o documento "que se consideren necesarios para garantizar el ejercicio de sus funciones", lo cual resulta un enunciado propicio para confusiones en la interpretación de la ley.

Al respecto, la Sala Constitucional señaló que: "*El acceso a documentos privados no es antojadizo en el contexto de las relaciones comerciales, sino que resulta adecuado para combatir, como eventualmente en este caso, prácticas monopolísticas y proteger en general a los consumidores. Pero no solo es adecuado, sino también necesario. Este Tribunal considera que el Estado no podría defender eficazmente a los consumidores sin tener acceso a algunos documentos privados de los comerciantes involucrados.*"²⁵⁰ "

Precisamente, este extracto se refiere a las facultades de la COPROCOM en cuanto al acceso a los documentos, tema que fuera tratado en esa oportunidad a través de una acción de inconstitucionalidad, donde el promovente indica que las potestades de la citada entidad deberían ser tratadas por medio de una lista taxativa en la legislación, argumento que podría resultar beneficioso para evitar desconciertos en la interpretación de la normativa, sin embargo, la Sala Constitucional se aparta de tal tesis indicando que: "*no es realista exigir que esa ley dicte una lista taxativa. Dada la abigarrada y cambiante realidad mercantil, exigir en nuestro medio una lista así establecida por vía legal haría prácticamente nugatorias las potestades estatales.*"²⁵¹ "

²⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:54 21-12-2001). "Voto N°13283-01". San José, Costa Rica.

²⁵¹ Ibid.

El argumento del promovente resulta razonable en tanto vemos que la normativa no es específica; sin embargo, el planteamiento de la Sala Constitucional aclara que la realidad mercantil es cambiante, por lo que incluir presupuestos taxativos resultaría inocuo.

Ante tales divergencias, la Sala Constitucional indica:

"Este Tribunal se inclina a pensar que la garantía del párrafo quinto del artículo 24 se satisface en la medida que la ley defina cuáles son las competencias del órgano administrativo en función de las cuáles puede revisar los documentos. De esa manera, podrá revisar únicamente los documentos que requieran sus funciones; deberá en cada caso fundamentar por qué es necesario tal documento para cumplir con sus fines. El administrado podrá objetar en la misma vía administrativa la petición de un documento en concreto y, en casos extremos, aun en la vía del amparo.²⁵²" (Resaltado no es del original)

Este extracto deja el panorama más claro, pues propone que un órgano administrativo²⁵³ puede revisar documentos, en tanto la ley defina su competencia. Entonces, vemos que la legislación debe contar entonces, con mayor especificidad en cuanto a la competencia que se le atribuye a la COPROCOM.

Queda claro también que las potestades de la COPROCOM se perfilan como excepción al secreto bancario, en tanto la información que requieran tenga relación directa con su competencia.

En resumen, la COPROCOM puede acceder a la información financiera, siempre que dichos datos sean solicitados como parte de la realización de las labores que le atribuye la ley.

²⁵² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:54 21-12-2001). "Voto N° 13283-01". San José, Costa Rica.

²⁵³ En este caso específico la COPROCOM.

E- Cooperación internacional

Esta se plantea como excepción al secreto bancario, teniendo en cuenta que el crecimiento de la banca y las finanzas ha hecho que la intermediación financiera sea una actividad de rango internacional. La llegada de empresas transnacionales, las transferencias de capital, el acorte de distancias gracias a la tecnología y el movimiento de la situación mercantil han hecho que este tipo de actividad no se suscriba a las fronteras de un solo país.

Al respecto, señala uno de los principios básicos para una supervisión bancaria eficaz del Comité de Basilea:

"Principio 25 – Relación entre el supervisor de origen y el de destino: la supervisión transfronteriza consolidada exige la cooperación y el intercambio de información entre los supervisores del país de origen y aquellos otros con competencias dentro del grupo bancario, en especial las autoridades de supervisión del país de acogida. Los supervisores bancarios deben exigir que las operaciones locales de bancos extranjeros se lleven a cabo en virtud de las mismas normas que se aplican a las entidades locales.²⁵⁴" (Resaltado no es del original)

Este explica que la cooperación internacional es fundamental para la realización efectiva de una supervisión consolidada efectiva.

Según este principio, los bancos extranjeros deben someterse a la regulación interna del país en el que físicamente se han situado, y las entidades supervisoras de los diferentes países deben estar abiertas a una mutua colaboración. Esta conjunción de la supervisión ocurre para garantizar el buen funcionamiento del sistema financiero, así como evitar el uso de la actividad financiera con fines delictivos.

²⁵⁴ Ver anexo I.

Es preciso aclarar que Costa Rica es parte en diferentes convenios y tratados internacionales que regulan este tipo de cooperación internacional, por ejemplo la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, que estipula:

"Artículo 12

Decomiso e incautación

*...6. Para los fines del presente artículo y del artículo 13 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la **presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario...***²⁵⁵" (Resaltado no es del original)

Este precepto otorga la facultad a los Estados parte del convenio para solicitar todo tipo de documentos bancarios o financieros, esto a través de la cooperación entre los países por medio de las distintas entidades fiscalizadoras, y cita que el secreto bancario no es aplicable en este tipo de circunstancias como negativa ante tal solicitud. Ya habíamos estudiado anteriormente que la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas resalta un interés y conformación de gran similitud con respecto a la norma arriba citada, lo cual quiere decir que es recurrente el hecho de que la preocupación mundial respecto a la cooperación internacional en asuntos de delincuencia organizada sea plasmada en la normativa de Derecho internacional. Así, garantiza la interacción de los Estados parte y plantea esta colaboración como una excepción al secreto bancario.

La erradicación de los delitos cometidos a través de organizaciones transnacionales dedicadas a la comisión de ilícitos ha sido centro de atención a

²⁵⁵ Agencia de la Organización de Naciones Unidas para los refugiados ACNUR (2009). <<http://www.acnur.org/>>. Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional, art 12 inciso 6.

través del mundo, y dado el interés público que concierne a este tema, se perfila como mecanismo para el levantamiento del secreto bancario. Se logra ver, entonces, una relación directa entre el tema de la cooperación internacional y el interés público como medios para acceder a este tipo de datos.

TÍTULO IV

ANÁLISIS SOBRE LOS ELEMENTOS NORMATIVOS QUE REGULAN LA ADMINISTRACIÓN DE INFORMACIÓN FINANCIERA EN COSTA RICA

Capítulo I

Estudio de la conformación normativa reguladora del manejo de información financiera

Sección única

Carencias normativas del secreto bancario en Costa Rica

A través de este examen, se han analizado las implicaciones conceptuales y el marco de acción del secreto bancario, los sujetos obligados mediante este mecanismo, así como aquellos que encuentran garantía en éste, además de comprender ciertas atribuciones que se constituyen como garantías constitucionales en cuanto al derecho a la información, y eventuales discrepancias de criterios generados entre la confrontación de estos dos institutos.

Todo este panorama ha permitido encontrar algunas carencias normativas, ocurridas en razón de la regulación del secreto bancario, específicamente en la legislación nacional.

El propósito central de este trabajo radica en ubicar estas deficiencias con el fin de comprobar mediante el resultado de nuestra evaluación, la hipótesis planteada, en el sentido de que el instituto del secreto bancario evidentemente ha sido contemplado en nuestra legislación; sin embargo, la normativa presente se encuentra dispersa, desarticulada y consta de una serie de vacíos que hacen que su aplicación sea confusa.

A partir de aquí se analizarán aquellos aspectos que resaltan a través de la lectura de lo estudiado, puntualizando y aislando estos aspectos de una manera más específica, a fin de tener una visión más generalizada sobre la hipótesis y también con el de otorgar sugerencias generales que podrían solventar el problema en cuestión con el fin de ser consideradas de manera más delimitada en nuestro apartado final.

Previo a emprender este acápite, es preciso mencionar que será parte esencial concientizar al lector, no solo sobre la trascendencia de estas deficiencias, sino también implementar un pensamiento orientado a explicar la importancia de la corrección de éstas.

Este cometido será visualizado a partir de los siguientes puntos específicos, que son aquellos que resaltan o bien se han considerado por su trascendencia, y que si bien es cierto podría implicar un serio trabajo legislativo. Su corrección puede significar un avance normativo importante en la regulación del secreto bancario en general.

Así pues, serán evaluados los siguientes puntos generales, que resultan ser de relevancia:

A- Ausencia de una conceptualización del secreto bancario en la legislación

Como se analizó al inicio de este estudio, la concepción del secreto bancario resulta ser una tarea conformada por la integración de múltiples elementos que integran dicho concepto²⁵⁶. Lejos de ser un instituto sin importancia, constituye más bien un elemento de confianza y buen desempeño dentro del ámbito financiero nacional e internacional, que busca generar un ambiente de confianza que avance en la incentivación de los inversionistas y usuarios del sistema financiero en general. Así, entonces, tener una concepción concreta de lo que es el secreto bancario resulta ser de suma importancia, esto para eliminar disparidades entre los operadores del derecho y los funcionarios bancarios, acerca de cómo se percibe el deber de reserva financiera.

Otro aspecto característico de este instituto radica en que es entendido a través de diferentes expresiones tales como el deber de confidencialidad, deber de reserva, sigilo bancario y otros, siendo lo más importante unificar, no

²⁵⁶ VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). *"El secreto bancario"*. Primera Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, p 20.

precisamente su expresión, sino su concepto, para obtener un criterio más claro sobre sus alcances.

Si bien es cierto es la doctrina la que se ocupa en la mayoría de las veces de conceptualizar los diferentes institutos jurídicos, mientras que la legislación se ha encargado mayormente de regular su aplicación, también existen ya algunos casos en que ciertos conceptos jurídicos son determinados de manera explícita y clara por la legislación. Un ejemplo claro de ello radica en la Ley Contra la Violencia Doméstica, cuyo cuerpo contiene toda una serie de conceptos dirigidos a declarar cuáles son los casos en que se genera la violencia doméstica, su clasificación, su ámbito de aplicación, y a cuales sujetos se les aplica este tipo de legislación²⁵⁷.

Por su parte el secreto bancario, es producto de una necesidad actual dentro del campo financiero, por lo que su conceptualización resulta importante para la aplicación jurídica. Precisamente, el desarrollo financiero constituye uno de los pilares sociales de mayor alcance, pues es a través de este que se forja el crecimiento de las industrias, la educación, el campo de la salud, la investigación científica y en general todo el sistema económico tiene que ver a la vez, con el bienestar político y social. Pero sobre todo, debemos tener en cuenta que una oleada de desconfianza por parte de los clientes en general puede desencadenar la reducción del sistema bancario, y tener influencia directa en el mercado económico en general, recordando que en este último muchos factores ocupan espacios importantes para su desarrollo. Uno de esos espacios es ocupado por el secreto bancario, el cual constituye un elemento generador de confianza, que motiva al cliente a llevar a cabo sus transacciones apoyado en una institución que le garantiza un alto grado de confidencialidad.

Pero además del impacto económico de este instituto, hay que meditar acerca del factor humano que constituye, porque si bien es cierto el secreto bancario tiene injerencia en el sector financiero, también tiene su relevancia en

²⁵⁷ Véase en ese sentido "Ley contra la violencia doméstica".

el factor interno de cada individuo. Así pues, se puede afirmar que además de la discreción surgida a fin de garantizar el interés patrimonial, el cliente también tiene su propio interés individual en que ciertos datos o informaciones sean considerados de carácter privado, por el simple hecho de así reflexionarlo en su fuero íntimo.

A estos argumentos hay que sumarle la actual preocupación de la comunidad internacional, referente a la delincuencia organizada y delitos de cuello blanco, lo que supone una importante participación del secreto bancario para tales fines, además de la creciente modernización en el sentido de la búsqueda de la supervisión consolidada; por ende, el acceso a la información es en algunas oportunidades un proceso necesario también en el control delictivo.

Entonces, queda claro que el secreto bancario tiene relación con el fuero íntimo de los individuos, con la economía y la restricción de sus alcances colabora también con el control en la comisión delictiva.

Teniendo esto claro, el secreto bancario -pese a ser muchas veces un mecanismo poco estudiado, y realmente omiso en gran parte por la legislación- no tiene menor importancia, por lo cual somos insistentes en el hecho de que manejar un concepto claro a nivel de legislación sería un avance significativo en la regulación de este mecanismo.

Dicho concepto, debería ser analizado e instituido, sobre elementos que determinen en qué consiste el secreto bancario, cuál es su origen, los sujetos involucrados, su objeto, su concepción a nivel internacional, sus implicaciones a nivel criminal, su conjunción con el derecho civil y penal, su relación con las nuevas tecnologías de información y todas las actividades que puede tutelar. Esto para lograr unificar un concepto más claro, que logre eliminar posibles interpretaciones disímiles sobre cuál sería su verdadera aplicación a nivel financiero y judicial.

Debe dejarse de lado la obsoleta concepción de un derecho bancario que se percibe como impreciso, o sumergido dentro de la legislación mercantil como un aspecto de menor trascendencia. En nuestros tiempos la realidad respecto a las transacciones financieras a través de una entidad tiene una serie de características que la definen así:

1- Regulación estatal

Algunos autores atribuyen los orígenes de la actividad bancaria hace más de tres mil años²⁵⁸; sin embargo, es difícil precisar su nacimiento. Lo trascendental aquí es tener como cierto que en la actualidad, a medida que ha ido avanzando la sociedad en diversas áreas, la actividad bancaria ha sido también producto de una modernización constante, y por ende ha resultado la necesidad de que tal actividad tenga parámetros legales que determinen su accionar. Así vemos que el artículo 117 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica cita:

"Artículo 117.- Organismos fiscalizados

Están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia y las potestades de control monetario del Banco Central, los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas. Además, toda otra entidad autorizada por ley para realizar intermediación financiera...²⁵⁹"

Con esto se evidencia no solo una necesidad social, sino también una acción legislativa dirigida a tomar medidas sobre la regulación que debe tener la intermediación financiera, pero aún más, sabiendo que el secreto bancario forma parte de dicha actividad, su regulación resulta también necesaria.

²⁵⁸ Véase VERGARA BLANCO, Alejandro (1990) "El secreto bancario".

²⁵⁹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica". Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.116.

Y así ha quedado plasmado en la diversa legislación que ha sido analizada hasta el momento; sin embargo, es cierto que la normativa ha avanzado en materia de intermediación financiera, pero, no se ha centrado en ciertos puntos de relevancia como es el deber de reserva financiera.

Por ejemplo, los inversionistas tienen un interés directo acerca el estado financiero de las entidades que manejan sus fondos; no obstante, si la información económica fuera íntegramente publicitada, esto provocaría un ambiente de desconfianza entre el cliente y estas entidades, lo que podría traer como consecuencia la ruptura del vínculo comercial existente con los inversionistas, lesionando a su vez el interés comercial de las entidades financieras. Aquí queda demostrado un carácter dual en el secreto bancario; por un sector se ubica el interés del cliente en asegurar el bienestar de su capital, pero a su vez, se requiere de un ámbito de confidencialidad, por lo que el deber de reserva ha de ser regulado de manera balanceada a partir tales intereses y considerando también la obligación del Estado por velar el bienestar del sistema financiero.

De ahí que se asegura con firmeza que no solo la intermediación financiera debe ser regulada por la normativa, sino que el secreto bancario, como parte de esta, debe estar contemplada por la legislación, pero más aún, debe ser reformada de manera que se adecúe a la realidad financiera en la que se vive.

2- Las políticas crediticias y emisión monetaria a cargo de instituciones centrales del gobierno

Costa Rica no es la excepción en cuanto a esto, pues como ha sido analizado, en el país se han implementado diversos órganos dirigidos a regular la emisión de la moneda; por ejemplo:

"Artículo 3.- Funciones esenciales

*Para el debido cumplimiento de sus fines, le competarán al Banco Central, de acuerdo con la ley, las siguientes funciones esenciales:
...c) La definición y el manejo de la política monetaria y cambiaria...²⁶⁰*

Esta norma estipula de manera clara que el manejo de la política monetaria y cambiaria queda bajo la competencia del Banco Central, el cual efectivamente es una institución central a cargo del gobierno, caso análogo que ocurre en muchos otros países.

3- Requerimientos legales para desarrollar la intermediación financiera

La legislación es clara en ese sentido; actualmente, se requiere cumplir con todo lo estatuido en la ley y los reglamentos²⁶¹, no solo en materia de bancos, como se ha analizado hasta el momento, sino también cualquier otro tipo de institución análoga en cuanto a su actividad. Ha quedado claro, a lo largo de nuestro estudio, que la legislación nacional estipula una serie de preceptos que indican requisitos por cumplir con el fin de permitir el funcionamiento de una institución de tal carácter.

4- Obligación en el cumplimiento de criterios de encaje mínimo de capital

La Sala Constitucional reconoce esta figura como *"un instrumento de control monetario tendiente a regular la cantidad de circulante en la economía nacional"*²⁶². A este respecto, la ley cita:

"Artículo 62.- Encaje mínimo legal

Las instituciones financieras supervisadas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 116 de esta ley, por la Superintendencia General de Entidades Financieras, estarán obligadas a mantener en el Banco Central, en forma de depósitos en cuenta corriente, una reserva proporcional al

²⁶⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). *"Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica"*. Compilado Arias Alptzar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.3, inciso c.

²⁶¹ Ver ESCOTO LEIVA, Roxana *op.cit* p. 215.

²⁶² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (16:30 21-09-1999). *"Voto N°7326-99"*. San José, Costa Rica.

monto total de sus depósitos y captaciones, que constituirá el encaje mínimo legal...²⁶³ "

Aquí se refleja que el encaje mínimo legal es una obligación, es decir, que se constituye como un requisito para las instituciones financieras supervisadas. Esto resulta ser una prueba más de que esta actividad no puede operar de manera irrestricta, reflejando nuevamente un interés estatal por regularla.

5- Asociación con los términos de profesionalidad y habitualidad

Sobre esto: *"...la habitualidad y profesionalidad con que actúan las entidades financieras permite considerarlas como verdaderas empresas²⁶⁴ "*. Así lo afirma la Sala Constitucional, lo cual quiere decir que un evento aislado y que no involucre un grado de profesionalidad, no puede considerarse como intermediación financiera. Este extracto indica que para ser consideradas verdaderas empresas, requieren de estos componentes; por lo tanto, incluye un grado de especialización en la ocupación que mencionamos.

6- Diversificación de servicios e instituciones asociadas a la actividad financiera

De nuevo es preciso aquí hacer mención a que, actualmente, la actividad financiera se concibe más allá del simple depósito de recursos de los ahorrantes y la concesión de créditos²⁶⁵. En efecto, el avance del mercado mundial, en conjunción con la evolución tecnológica, hacen que la actividad financiera involucre un amplio mercado de opciones para sus clientes. Hoy un banco, por ejemplo, no solo ofrece la oportunidad de ahorrar capital, sino que también ofrecen al cliente opciones como cajas de seguridad, la facilidad de realizar sus pagos habituales, el uso de cajeros automáticos y muchas otras ventajas más

²⁶³ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica". Compilado Arias Alptzar, Luz y Abarca Hernández, Oriester, Art.62.

²⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:07 03-06-2003). "Voto N°6315-03". San José, Costa Rica.

²⁶⁵ Ver en ese sentido ESCOTO LEIVA, Roxana "Banca Comercial" y CASTRO SANCHO, Laureano "Establecimiento de una Banca Internacional en Costa Rica".

con el fin de crear una verdadera fuente de atracción para sus clientes. Se busca que el cliente tenga una amplia gama de servicios en un solo lugar, a fin de brindarle comodidad y a la vez ser parte de un mercado atractivo que cada día es más competitivo. El concepto de captación y colocación resulta simplista ante la realidad financiera que estamos viviendo. De hecho, la creencia de que este es un campo exclusivo de acción de los bancos, ya se encuentra obsoleta, pues se han sumado figuras como la bolsa de valores, instituciones cooperativas, en fin un alto número de instituciones financieras no bancarias.

Teniendo clara toda esta nueva concepción sobre la actividad financiera y la intermediación, entonces debemos decir que la conceptualización de secreto bancario no es en sí una labor sencilla.

Como resultado de este examen, se logra obtener y aportar un nuevo criterio respecto de la conceptualización de este instituto, que podemos puntualizar a través de la siguiente recomendación.

Lejos de analizarse el secreto bancario como una figura unidireccional, debemos tener en claro que la sola mención de este instituto requiere por defecto la asociación con el derecho a la información; por ende, sería omisivo llevar a cabo una conceptualización de este descartando el citado derecho a la información; por ende, debería emplearse una figura diferente, es decir, sugerimos que se recurra a integrar ambos conceptos, para obtener una noción completa, donde el secreto bancario y el derecho a la información se logren complementar y faciliten la labor legislativa para formar criterios aptos que les regulen. Es decir, que analizarlos de manera separada podría resultar en una dicotomía de la ley. Entonces, sugerimos ir más allá y aplicar de manera concreta la Teoría de la Adecuación²⁶⁶, mirando ambas garantías como complementarias y utilizar más bien una premisa que involucre ambos conceptos. En vista de esto, sugerimos que se maneje la concepción de "Administración Prudencial de la Información Derivada de la Intermediación

²⁶⁶ Véase supra pp.171-172.

Financiera y Servicios Conexos", a través del cual se logren complementar estos conceptos y se consiga determinar cuál es el manejo que se le debe dar a la información financiera y personal de los clientes de las entidades bancarias y establecer las medidas en que se puede manifestar el derecho a investigar, acceder y difundir información. Posteriormente, será tenor de nuestra investigación explicar de manera más profunda nuestra conclusión al respecto y plantear las recomendaciones pertinentes, a fin de ajustar los puntos a estudiar a continuación.

B- Omisión legislativa a partir del artículo 615 del Código de Comercio

Esta es una de las debilidades más notables dentro del sistema normativo nacional. Como se ha visto anteriormente, este artículo es por excelencia el referente en cuanto a la regulación del secreto bancario. Se encuentran bastantes omisiones al respecto, las que por razones serán puntualizadas de la siguiente manera.

1- Tutela de manera exclusiva a las cuentas corrientes

Se ha hecho énfasis en el hecho de que la modernización de los sistemas utilizados en la intermediación financiera, ha sido objeto de la utilización de innovadoras formas de servicio al cliente; sin embargo, el artículo en cuestión²⁶⁷ es puntual en cuanto a que garantiza la inviolabilidad de las cuentas corrientes de manera exclusiva. Podemos, entonces, ver que se omiten una serie de transacciones, que al igual que las cuentas corrientes, contienen una cadena de movimientos que no se revisten por un carácter de interés público. Además de esto, no hace referencia a los datos que otorgan los clientes al banco, que sin ser transacciones de capital, constituyen información de la parte más íntima de los individuos. Cuando un cliente se apersona a una entidad financiera, éstas tienen la obligación de requerir datos personales, pero además de esto, la legislación actual les obliga a corroborar tal información haciendo más profundo el carácter de tales datos. El artículo que tratamos no se refiere en ningún

²⁶⁷ Ver artículo 615 del Código de Comercio.

momento a este tipo de información, ni tampoco a la información que pueda aportar el cliente previamente a la constitución de cualquier transacción formal financiera.

2- Necesidad de recurrir al principio de inviolabilidad de los documentos privados

Como fue expuesto en el punto anterior, al ser omisa la norma tanto el operador del derecho como los funcionarios de las distintas instituciones involucradas en el proceso de la intermediación financiera deben aplicar lo expuesto en el artículo 24 de nuestra Constitución Política. Es decir, en tanto que el artículo 615 del Código de Comercio se ocupa sólo de proteger las cuentas corrientes, deberá aplicarse el principio de inviolabilidad de documentos privados, comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo. Nótese que con este principio se tutela no sólo los registros escritos, sino también la información que el cliente pudo hacer de conocimiento de un funcionario de manera oral o bien por otro medio, ya sea electrónico, o de otro tipo que plasme algún dato que sea de interés privado únicamente.

En cuanto a la clasificación de documentos que ostentan este carácter de privados, la ley aporta los siguientes medios concebidos para comprobar información:

"Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo."²⁶⁸

²⁶⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2000). *"Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones"*. Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1.

Acerca de estos extremos, la legislación es bastante abierta sobre la definición de lo que considera como documentos privados, pero la cuestión aquí radica en que la normativa carece a nivel de ley de una norma que proteja las restantes figuras que puedan ser utilizadas durante la intermediación financiera, de manera concreta. Es decir, que nunca hace uso de conceptos claros referidos a cuentas de ahorros, títulos valores u otros que específicamente se refieran a la tutela del sigilo en la intermediación financiera.

Una normativa omisiva es una normativa deficiente. En tal sentido, el artículo 615 del Código de Comercio no otorga un grado de protección adecuado. Al respecto, debe señalarse que naturalmente los juristas deben aplicar la integración normativa y la hermenéutica legal.

La hermenéutica legal es precisamente la interpretación e integración del ordenamiento jurídico, a través de la cual el jurista logra interpretar el espíritu de la ley plasmado por el legislador, y es justamente el método hasta ahora utilizado para aplicar el secreto bancario²⁶⁹. Y puede argumentarse que la legislación tiene los elementos suficientes y que lo necesario es aplicar la integración normativa; sin embargo, un factor tan determinante como lo es el secreto bancario debería estar expreso y bien definido en la legislación, esto para evitar errores interpretativos y conflictos de su aplicación.

Visto el papel que juega el secreto bancario dentro de la economía y analizada su importancia, nuestra postura al respecto es que la legislación es la llamada a regular este instituto de una manera clara y concisa, pues la interpretación puede acarrear disparidad de criterios, lo cual no es aceptable según nuestro criterio, en los casos en que se maneje información de carácter privado.

²⁶⁹ Situación reflejada en la jurisprudencia hasta el momento expuesta.

3- Omisión de sujetos del secreto bancario

De la lectura del artículo examinado²⁷⁰, se desprende no solo que la protección es en cuanto a las cuentas corrientes, sino también que el único sujeto obligado dentro del secreto bancario mencionado en este precepto son los bancos. Esto quiere decir especialmente que el artículo es omisivo no solo en cuanto a la protección otorgada, sino también en cuanto a los sujetos obligados que abarca. El deber de reserva financiera envuelve una pluralidad de sujetos; por ende, su regulación debe ser unificada y clara sobre cuáles son esos sujetos y hasta dónde llegan sus atribuciones en el uso de tal información. Puedes citarse como complemento del artículo analizado también lo estipulado por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica²⁷¹, el cual establece un deber de confidencialidad para todos los empleados, funcionarios y administradores, pero tal precepto hace referencia exclusiva a la información correspondiente a los riesgos crediticios, por lo cual afirmamos que no existe una clasificación idónea de los sujetos pasivos del secreto bancario.

Se concluye, entonces, que el secreto bancario sí se encuentra tutelado por el ordenamiento; sin embargo, esa tutela ocurre en función de la interpretación e integración normativas, lo que no consideramos oportuno, ya que la legislación debe ser más clara en sus preceptos. El artículo 615 del Código de Comercio constituye solamente una porción del deber de sigilo, por lo que su deficiencia puede hacer incurrir en errores de aplicación en cuanto al manejo de la información obtenida a través la intermediación financiera y servicios conexos.

C- Dispersión de la normativa que regula el secreto bancario y el manejo de información

Ya hemos tratado el tema de la integración normativa que debe llevarse a cabo al momento de plantearse la regulación del secreto bancario. Igual ocurre con respecto a los extremos que regulan el manejo de la información que se maneja en las entidades financieras. Pero lo más preocupante resulta

²⁷⁰ Ver artículo 615 del Código de Comercio.

²⁷¹ Ver artículo 133 inciso D de la LOBCCR.

ser que la normativa que regula el manejo de la información financiera se encuentra sumamente dispersa dentro de la legislación, por lo que citaremos algunos de estos cuerpos normativos para tener una noción sobre las dimensiones de este problema; asimismo, haremos una breve reseña acerca del contenido general que se vincula con nuestro tema de estudio:

- Constitución Política²⁷²:

Aplicable a la tesis planteada, en tanto hace referencia al principio de inviolabilidad de documentos el cual como hemos visto, tiene relación directa con el secreto bancario y acceso a la información, y se vinculan con la problemática planteada.

- Tratados Internacionales²⁷³:

Son diversos los tratados ratificados por Costa Rica que contienen normas respecto al deber de guardar confidencialidad sobre los datos obtenidos en función de la actividad financiera, y de igual manera, en muchos de sus apartados garantizan el derecho a la información, por lo que según establece nuestra Constitución Política "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes..."²⁷⁴", de modo que deben tenerse en consideración al realizar un análisis de este tipo.

- Código de Comercio²⁷⁵:

Ha sido analizada la importancia del fuero de protección que otorga sobre las cuentas corrientes.

²⁷² Ver artículo 24 y 30 de la Constitución Política.

²⁷³ Véase en ese sentido artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos entre otros.

²⁷⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2008). "Constitución Política". Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 7.

²⁷⁵ Ver artículo 615 del Código de Comercio.

- Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica²⁷⁶:
Contiene preceptos que buscan tutelar el manejo de la información. Establece el procedimiento, así como ciertas sanciones aplicables con respecto a la información que debe ser manejada por la Superintendencia General de Entidades Financieras y el Banco Central de Costa Rica y otros entes supervisados, así como especificar el tipo de información y los sujetos que deben aportarle información a este ente regulador, entre otros.

- Código Civil²⁷⁷:
Este podría ser aplicable en cuanto a la eventual responsabilidad civil derivada del incumplimiento del secreto bancario.

- Código Penal²⁷⁸:
Establece elementos punitivos a fin de sancionar la transgresión del secreto bancario.

- Ley que regula registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones²⁷⁹:
Señala los lineamientos a seguir para determinar en cuáles supuestos puede darse a conocer el contenido de documentos privados protegidos por el principio de su inviolabilidad. También señala el procedimiento respectivo.

- Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas²⁸⁰:

²⁷⁶ Ver artículos 115, 116, 132, 133 y siguientes de la LOBCCR.

²⁷⁷ Ver artículo 702 del Código Civil.

²⁷⁸ Ver artículo 203 del Código Penal.

²⁷⁹ Ver artículos 1, 24 y 25 de la Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.

²⁸⁰ Ver artículos 14, 16, 25, 69 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Esta ley fija algunas políticas a seguir sobre el manejo de la información respecto a cierto tipo de transacciones. De manera concreta, también hace referencia al deber de confidencialidad:

*"Artículo 25. —Si se sospecha que las transacciones descritas en el artículo anterior constituyen actividades ilícitas o se relacionan con ellas, incluso las transacciones que se deriven de transferencias desde el exterior o hacia él, las instituciones financieras deberán comunicarlo, **confidencialmente** y en forma inmediata, al órgano de supervisión y fiscalización correspondiente, el cual las remitirá inmediatamente a la Unidad de Análisis Financiero.²⁸¹"* (Resaltado no es del original)

Esta ley, en lo referente a la legitimación de capitales, deja en claro, que las transacciones sospechosas deben ser comunicadas a los órganos supervisores, pero lo peculiar aquí es que la normativa señala el deber de que tal información deba ser comunicada de manera confidencial. En cuanto a sus otros extremos, ya ha sido analizada acerca de las políticas contra el lavado de dinero.

- Ley reguladora del mercado de valores²⁸²:

Esta normativa estipula el llamado secreto bursátil, pero lo incluimos aquí por ser en esencia una función práctica que asemeja al secreto bancario. En simples palabras, su aplicación y estructura tienen el mismo contenido, mas su denominación conceptual varía, pero a nuestro criterio debe aplicarse de manera integral, junto con la demás normativa que regula el secreto bancario y el manejo de la información financiera.

- Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias²⁸³:

Dicta regulaciones en materia de operadoras de pensiones y establece el deber de guardar confidencialidad en esta materia. Recordemos que este

²⁸¹ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas". Tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec, art. 25.

²⁸² Ver artículos 3, 108, 163, 185 entre otros de la Ley reguladora del Mercado de Valores.

²⁸³ Ver artículo 53 de la Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias.

tipo de fondos son manejados muchas veces inclusive por bancos públicos y privados.

- Ley de Protección al Trabajador²⁸⁴:

Se aplica supletoriamente con la anterior. Ambas leyes procuran la confidencialidad y establece sanciones a los trabajadores que incumplan con este deber en su función dentro de las entidades dedicadas al manejo de estos fondos.

- Ley General de Control Interno²⁸⁵:

Establece un régimen de reserva de información aplicable a todas las auditorías y superintendencias; esgrime que todo procedimiento de investigación administrativa se rige por el principio de confidencialidad, lo cual es claramente aplicable a las auditorías de bancos, entidades financieras en general y a las superintendencias, que manejen en razón de sus labores algún tipo de información resultada de las transacciones ocurridas en el proceso de la intermediación financiera.

- Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional²⁸⁶:

Determina algunos de los sujetos pasivos del secreto bancario, así como ciertos procedimientos a seguir en cuanto al intercambio de información con la Superintendencia General de Entidades Financieras.

- Ley reguladora de empresas financieras no bancarias²⁸⁷:

Determina cuáles son las empresas financieras no bancarias, además de establecer el deber que tienen éstas de no revelar al público la información acerca de las transacciones individuales realizadas con sus clientes.

²⁸⁴ Ver artículo 67 de la Ley de Protección al Trabajador.

²⁸⁵ Ver artículo 6 de la Ley General de Control Interno.

²⁸⁶ Ver artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

²⁸⁷ Ver artículo 8 de la Ley reguladora de empresas financieras no bancarias.

- Código de Trabajo²⁸⁸:
Autoriza a las distintas entidades a la creación de reglamentos que pueden ser destinados a instruir a sus funcionarios sobre el manejo de información de carácter privado; faculta para la aplicación de posibles sanciones de carácter laboral aplicables en caso de la violación de manejo de datos confidenciales.

- Código de Normas y Procedimientos Tributarios²⁸⁹:
Establece que las autoridades fiscales pueden solicitar información acerca de las transacciones realizadas en las distintas entidades financieras, únicamente en ocasión de una orden judicial que los faculte para tales fines. Evidencia un tratamiento rígido del secreto bancario que a la postre puede resultar en perjuicio del interés público, como vimos en apartados anteriores.

- Reglamentos, otras leyes y demás instrumentos normativos²⁹⁰:
La anterior fue una breve reseña de los cuerpos normativos a los cuales se recurrió para analizar la tutela del secreto bancario y el manejo de la información financiera en Costa Rica, pero debemos considerar que además de estos existe más leyes aplicables complementarias. Además, existen reglamentos, jurisprudencia, pronunciamientos, circulares y otras directrices dirigidas a regular el procedimiento a seguir para tutelar el manejo de datos en la intermediación financiera.

La anterior reseña sirve de ejemplo para comprobar que, efectivamente, la legislación referente a nuestro tema se encuentra dispersa dentro del ordenamiento. No existe una unificación en el cuerpo de las normas, por ende, su integración, resulta ser una tarea difícil, pero más preocupante es que puede servir para confundir al operador del derecho, sean jueces u otros y también a

²⁸⁸ Ver artículos 66, 71 inciso g, 81 del Código de Trabajo.

²⁸⁹ Ver artículo 105 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.

²⁹⁰ Como ejemplos citamos el Reglamento autónomo de servicios del Banco Central de Costa Rica, circular externa SUGEF 012-2006, Dictamen 320 del 06-09-2005 y Dictamen 26 del 30-01-2008 de la Procuraduría General de la República y la jurisprudencia Constitucional estudiada entre otros.

los funcionarios de las diferentes entidades financieras, que ante la solicitud de información por parte de los particulares tienen que entender la normativa e integrarla.

Según se ha visto, cuando se solicita información de este tipo, las entidades financieras, como precedente general, tienden a negar los datos alegando que el secreto bancario los protege; por ende, los individuos deben recurrir al área jurisdiccional, con el fin de que sean los juzgadores quienes se pronuncien al respecto.

Todo esto hace que la tutela real sea implementada a nivel jurisprudencial y no a nivel normativo, lo cual señalamos más adelante como otra deficiencia existente en el análisis de nuestro tema.

D- No especificidad en las transacciones protegidas por el secreto bancario

La legislación, de manera constante, hace mención de la tutela de la información de las entidades financieras; sin embargo, podemos ver que es el artículo 615 del Código de Comercio el único que hace referencia explícita de una figura representativa de transacciones financieras en específico, como lo son las cuentas corrientes. Posterior a ello, debe analizarse que el ordenamiento es recurrente en términos como información, documentos, informes, operaciones, noticias, libros, memoriales, registros y otros conceptos²⁹¹ que aluden a la información que se maneja en las entidades financieras. Sin embargo, la normativa no se ocupa de manera específica de hacer mención de forma clara respecto al tipo de transacciones que tutela²⁹², recordando que la información de este tipo contempla varios tipos de transacciones e información.

²⁹¹ Ver artículo 1 de la Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones.

²⁹² Aspecto previamente analizado a partir del artículo 615 del Código de Comercio.

Es notable que las normas preceptúan que la información debe tener un carácter de confidencialidad, pero en función de la naturaleza sensible de los datos manejados por las instituciones financieras. Nuestra apreciación consiste en que tal regulación debe ser específica y detallar al menos las áreas generales que se encuentran bajo tutela. Así, por ejemplo, la normativa debería señalar según nuestro juicio los siguientes aspectos específicos.

1- Tutela normativa de actos preparatorios o precontractuales

Es necesario que exista un deber de confidencialidad sobre los datos obtenidos en el momento previo a la conformación del contrato o transacción bancaria, sobretodo porque algunas veces se expresa información que goza de carácter privado y no siempre se concreta el negocio jurídico en cuestión. Aquí se incluyen las manifestaciones orales, documentos presentados u otro tipo de registro que haya sido facilitado a los diferentes funcionarios. La doctrina es clara al señalar que cuando se aportan datos privados: *"Hay un deber de secreto de las informaciones obtenidas de la otra parte en el curso de las negociaciones, cuya divulgación pueda causarle daño"²⁹³*, resaltando aquí que las negociaciones inician desde el primer contacto entre las partes contratantes; por lo tanto, es importante una implementación normativa que establezca el deber de sigilo en la etapa precontractual.

2- Tutela normativa de operaciones pasivas

Las limitantes del ordenamiento costarricense hacen que la mención sea exclusiva de las cuentas corrientes²⁹⁴, por lo que resulta pertinente que se instituya protección a todas las operaciones de captación de recursos llevadas a cabo a través de la participación de cualquier entidad dedicada a la intermediación financiera.

3- Tutela normativa de operaciones activas

Resulta necesario que su tutela sea efectiva, pues la colocación de los recursos captados involucra la participación de un amplio número de empresas,

²⁹³ LORENZETTI, Ricardo, *op.cit.*, p. 323.

²⁹⁴ Véase artículo 615 del Código de Comercio.

bancos y clientes bancarios²⁹⁵, por lo que este creciente movimiento significa, por sí mismo, la compilación de gran cantidad de información.

4- Tutela normativa de operaciones accesorias

Aquí se pueden citar la custodia de valores, alquiler de cajas de seguridad, pago de planillas, pagos automáticos de recibos, entre otros²⁹⁶. Es de suma importancia su regulación, sobretodo porque su carácter de accesorio podría no enmarcarlas directamente con el término de la intermediación financiera; sin embargo, su constitución abarca elementos de la esfera privada de los individuos. Por ejemplo, los pagos automáticos incluyen información sobre el salario, dirección, nombre, cédula y otros datos privados. Igual podría ocurrir con el uso de cajas de seguridad en los bancos, donde pese a no existir precisamente una actividad de captación y colocación de recursos, implica muchas veces que los clientes recurran a tal servicio en busca no solo de la seguridad de sus activos, sino también en perseguir un contorno confidencial.

En razón de esta multiplicidad de servicios accesorios, y la información que a través de éstos se maneja, se concluye que la tutela de las transacciones e información recibida por las instituciones financieras debe ser detallada e incluir todo el conglomerado de actividades envueltas en el proceso. Y aunque se considere que debe ser menos rígida la tutela sobre cierta información o cierto tipo de transacciones, el ordenamiento debería ser explícito al respecto, para eliminar el margen de interpretación y que las decisiones que se tomen al respecto sean tomadas de acuerdo a la norma escrita.

E- Deficiente regulación de la tecnología de la información

Hemos sido insistentes en el hecho de que la información hoy en día es almacenada y transferida a través de diferentes medios tecnológicos. Por ejemplo, con solo el uso de una computadora y acceso a internet se pueden realizar transferencias de dinero, pago de servicios públicos y muchas otras transacciones más. Asimismo, se cuenta con banca telefónica, cajeros

²⁹⁵ ESCOTO LEIVA, Roxana, *op.cit.*, p. 79, Esquema 3.

²⁹⁶ *Ibid* p. 246.

automáticos y muchos otros servicios soportados en el avance tecnológico. Además, la información se resguarda a partir de la implementación de hardware y software diseñado para tales fines.

El acuerdo 14-09 de la SUGEF conceptualiza la tecnología de información en el mismo artículo en su inciso o, en los siguientes términos:

"o) Tecnología de información (TI): Conjunto de técnicas que permiten la captura, almacenamiento, transformación, transmisión y presentación de la información generada o recibida a partir de procesos, de manera que pueda ser organizada y utilizada en forma consistente y comprensible por los usuarios que estén relacionados con ella. Incluye elementos de hardware, software, telecomunicaciones y conectividad."²⁹⁷

Particularmente, llama la atención que este término se refiere no solo al almacenamiento, sino también a la captura, transformación, transmisión y presentación, lo cual indica que el proceso informativo es un bloque conjunto, que implica no solo recibir información, sino también su calidad, es decir, debe resguardarse su confidencialidad, pero también significa que debe ser fidedigna, y en caso de ser solicitada por otra entidad, debe ser aportada de manera eficiente. Es destacable que el apartado final de esta norma hace referencia al empleo de hardware, que es la parte física o tangible de la tecnología, y también al software que comprende todos los componentes lógicos necesarios para la utilización del hardware en tareas específicas. También abarca las telecomunicaciones que pueden entender como cualquier tipo de comunicación a distancia. Por último, se refiere a la conectividad que consiste en la capacidad de un dispositivo de establecer conexión con otro de una manera autónoma; el ejemplo por excelencia lo constituyen las redes inalámbricas.

²⁹⁷ Ver anexo 2 art. 3 inciso o.

Considerando todos estos aspectos, puede entenderse que la tecnología de la información comprende sectores muy amplios de conocimientos, que en sus aspectos más técnicos son desconocidos tanto por operadores del derecho como por gran parte de los funcionarios de las entidades financieras.

Es importante, además, acotar que, actualmente, la información no fluye exclusivamente entre el cliente y las entidades, sino que existe también una corriente informativa importante interinstitucional; por lo tanto, serán tratadas estas dos grandes áreas.

1- Corriente de información surgida de la relación cliente – entidad financiera

El reglamento sobre la gestión de la tecnología de información define el riesgo de la tecnología de la información así:

"Artículo 3. Definiciones

Para los propósitos de este reglamento se entiende como:

n) Riesgo de TI: Posibilidad de pérdidas financieras derivadas de un evento relacionado con el acceso o uso de la tecnología, que afecta el desarrollo de los procesos del negocio y la gestión de riesgos de la entidad, al atentar contra la confidencialidad, integridad, disponibilidad, eficiencia, confiabilidad y oportunidad de la información.²⁹⁸ "

Nótese que se refiere al riesgo de la tecnología de la información en ocupación de las pérdidas financieras derivadas del uso de tecnología y la confidencialidad y su calidad. Aquí rescatamos que esta normativa se enfoca a nivel de protección del mercado, dejando de lado el fuero íntimo de los clientes.

Pero es necesario tener en cuenta que la tecnología de la información involucra riesgos, no solo para las instituciones, sino también para los clientes, situación que retrata el periódico la Nación en junio de 2008 así:

²⁹⁸ Ver anexo 2 art. 3 inciso n.

"En el último año en Costa Rica se han denunciado casi 500 casos de transferencias electrónicas no autorizadas, las cuales le costaron a las víctimas más de ₡800 millones.²⁹⁹"

Es decir, que el uso de tecnología puede aportar información directamente vinculada con el manejo de capitales de los clientes. Entonces, no solo se arriesga un factor de nivel de intimidad, sino que abarca un elemento económico de gran trascendencia. Esto ocurre debido a que la actividad delictiva también se ha ocupado de aplicar nuevas técnicas que sirvan para obtener la información necesaria para cometer ilícitos encaminados a sustraer fondos de manera ilegítima.

La normativa contempla efectivamente el riesgo financiero, pero no está constituida con un espíritu de protección a la intimidad de los clientes, sino que ha sido formada en función de proteger la economía en general, es decir, que las normas se encuentran desvinculadas en esencia de proveer protección a los individuos.

Lo preocupante es que el vertiginoso aumento de tecnología adecuada para adaptarse al mercado financiero ha crecido desproporcionalmente en relación a la legislación que la regula. Esta situación ya es examinada actualmente por la Asamblea Legislativa, donde se tramita un proyecto de ley, que trata de regular el uso de la tecnología con la finalidad de incursionar en una mayor protección de los consumidores, específicamente en el caso de las tarjetas de crédito y débito, lo cual sería un avance significativo en la defensa efectiva de los clientes.

Este proyecto, tramitado bajo el expediente legislativo 15 991, explica su objetivo de la siguiente forma:

²⁹⁹ Periódico La Nación. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 15 de febrero 2008 [Consulta: 3 junio 2009].

"Artículo 1.- Objetivo. La presente Ley tiene como objetivo primordial regular el mercado de las tarjetas de crédito y débito en el país, con el fin de garantizar al consumidor sus derechos, frente al desenvolvimiento de dicho mercado.³⁰⁰"

Lo primero que hay que rescatar es que en este precepto se vislumbra que el objetivo va dirigido a la protección del consumidor, pero vemos que va en cargo de regular una de las modalidades de la tecnología, como lo son las tarjetas de crédito y débito.

También contiene normas que buscan proteger la información obtenida a través de otras tecnologías. Es sabido que el mercado de tarjetas de débito y crédito ha ido en incremento; hoy, son medios eficientes para realizar diversas transacciones, lo cual colabora con la fluidez de la economía en general, ya que permite hacer compras, pagos, y en conjunción con otros medios como el internet, son herramientas de largo alcance. Debido a esta modernización, la corriente de información es en igual orden muy amplia; por lo tanto, se requiere de una protección de los datos provenientes del uso de este tipo de ciencias aplicadas.

Así especifica el citado proyecto en su artículo 20:

"Artículo 20.- Bases de datos. Los emisores de las tarjetas de crédito y débito tienen la responsabilidad de salvaguardar las bases de datos de información personal de los tarjetahabientes, así como las que se generan como resultado de la actividad de consumo de los usuarios de estos servicios. Solo podrán comercializar estos datos con la autorización escrita del tarjetahabiente. En caso contrario, podrán ser sancionados por divulgar información confidencial.³⁰¹"

³⁰⁰ Ver anexo 3, art. 1.

³⁰¹ Ver anexo 3, art. 20.

Una vez más, el elemento de la voluntad del cliente está presente como excepción al secreto bancario, y según esta norma es la que permite publicitar los datos de los tarjetahabientes. Pero aún más innovador resulta ser la institución de una obligación por parte de los emisores de tarjetas de crédito y débito, acerca de la protección que debe existir sobre los datos que se tramitan por vía internet.

El proyecto de ley en cuestión, de manera transformadora, introduce en su capítulo octavo una serie de pautas acerca del comercio electrónico, cuyo auge es inminente, y el riesgo que implica lo es también. Así, por ejemplo, señala:

"Artículo 42.-Compras por Internet.

Los emisores de las tarjetas se encuentran en la obligación de velar por la seguridad de la información confidencial en el sistema, para ello implementarán sistemas de seguridad que permitan el resguardo de esa información.³⁰² "

Pese a que esta iniciativa puede ser considerada como un avance significativo, la realidad es que figura momentáneamente como un proyecto, y su aplicación depende aún de los criterios de los diputados en su función legislativa; sin embargo, hay que resaltar el hecho de que la presencia de este tipo de aspiraciones refleja la convicción que se tiene al presente de la necesidad de adaptar legislación que se ocupe de tales asuntos.

2- Corriente de información interinstitucional

Generalmente, cuando se discute acerca del flujo informativo financiero, la idea se coloca en la información que obtienen las entidades financieras en función de su actividad y que versa sobre sus clientes.

³⁰² Ver anexo 3, art. 42.

Sin embargo, como se ha visto, existe una corriente de datos que se tramita entre las entidades financieras, sobre todo por cuestiones de supervisión bancaria.

Por ejemplo, es claro que *"Los bancos comerciales deben ser evaluados por la SUGEF... Con base en la información que periódicamente remiten los intermediarios financieros a la SUGEF, ésta mantiene una base de datos con diversa información para realizar la labor de supervisión"*³⁰³. Con el paso del tiempo, además de crecer la cantidad de datos que se transmiten, también ha aumentado la calidad de la tecnología; entonces, se ha hecho una conjunción de estos aspectos para que el traslado de los datos sea más eficaz.

Como muestra de esto, la SUGEF ha implementado el Sistema de Captura, Verificación y Carga de Datos (SICVECA), con el fin de que los datos de las entidades financieras supervisadas sean transmitidos por esta vía electrónica de forma exclusiva, para supervisar las transacciones superiores a diez mil dólares, tal y como señala la ley 8204³⁰⁴:

La SUGEF, explica al respecto:

*"...toda carga de información de las operaciones en efectivo (únicas y múltiples) y las transferencias enviadas y recibidas desde o hacia el exterior por sumas iguales o superiores a US\$10.000,00 o su equivalente en otras monedas, debe realizarse sólo mediante el Sistema de Captura, Verificación y Carga de Datos (SICVECA)."*³⁰⁵

Aquí se hace referencia a "toda" carga de información en operaciones de diez mil dólares o superior, lo cual significa que la cantidad de información tramitada a través de este sistema es considerable.

³⁰³ ESCOTO LEIVA, Roxana, *op.cit.*, p. 251.

³⁰⁴ Ver artículo 16 de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

³⁰⁵ Ver anexo 4.

La inquietud principal radica en que el manejo y mantenimiento de este tipo de tecnología se encuentra en manos de funcionarios con conocimientos técnicos elevados, que muchas veces escapan del conocimiento de los jefes de las instituciones.

Por esto es importante conformar grupos de fiscalización directa sobre este tipo de individuos, para que la tramitación de datos sea un proceso transparente dentro de la institución.

La corriente informativa interinstitucional soportada en la tecnología es un factor con mayor protección a las injerencias y publicidad arbitraria que la proveniente de la relación con los clientes, más que nada por el aumento de la criminalidad dirigida a la comisión de delitos de índole informático, pues en lo tocante a la información transferida entre las entidades financieras es oportuno citar que la SUGEF ha tratado el riesgo emanado de la tecnología de la información a través del procesos de auditoría.

El reglamento sobre la gestión de la tecnología de información estipula:

"Artículo 11.- Revisión externa independiente

La entidad deberá someterse a una auditoría externa de los procesos que integran el marco para la gestión de TI por parte de un auditor, cuando menos cada dos años...³⁰⁶ "

Queda estipulado, entonces, que la tecnología de la información tiene un ámbito de supervisión a través de las auditorías; pese a esto, el problema mayor radica entonces en la implementación de normativa que proteja no solo la información, sino también los activos de los clientes que recurren al uso de este tipo de tecnologías.

³⁰⁶ Ver anexo 2, art. 11.

Como se ha dicho, la normativa debería ocuparse de que el flujo de información que se tramite sobre plataformas de tecnología sea totalmente confidencial, y que no perjudique ni el fuero íntimo ni el patrimonio de los clientes.

Esta es aún una carencia por solventar dentro del ordenamiento de nuestro país, y pese a que se tiene conciencia de esto, deben enfocarse mayores esfuerzos para concretar una regulación eficiente, que proteja tanto al cliente como a las entidades financieras, para que la información confidencial que se tramita a través de fuentes tecnológicas permanezca libre de injerencias ilegítimas y de manera que logre minimizarse lo mejor posible la riesgo que esto implica.

F- Imprevisión en la regulación del secreto bancario relacionado con los temas de bienes gananciales

El tema de los bienes gananciales se encuentra regulado por el Código de Familia³⁰⁷, y en caso de que los cónyuges decidan constituir capitulaciones matrimoniales, pueden disponer que ciertas cuentas o transacciones bancarias sean de conocimiento compartido o no, acudiendo a la expresa voluntad del titular de la información, el cual se perfila como un límite natural o subjetivo al secreto bancario. Sin embargo, en otros casos donde puede existir un proceso contencioso entre las partes, por ejemplo una liquidación anticipada de bienes gananciales o bien por un divorcio, la ley faculta para que se realice un inventario de los bienes adquiridos³⁰⁸ sin embargo, no se explica el proceder respecto a las cuentas bancarias u otros activos como títulos valores, que formen parte del patrimonio adscrito a la ganancialidad. Por lo tanto, se debe acudir a la integración e interpretación normativa para comprender cuál es el procedimiento a seguir. Como se ha visto, la ley indica que pueden llevarse a cabo los inventarios oportunos³⁰⁹. No obstante, recordemos que la información financiera se encuentra revestida de gran importancia, y muchos de estos datos

³⁰⁷ Ver Título I, Capítulo VI del Código de Familia.

³⁰⁸ Ver artículo 41 del Código de Familia.

³⁰⁹ Ver artículo 41 del Código de Familia.

requieren de un tratamiento confidencial; por ende, consideramos oportuno que la normativa haga referencia específica, y señale como admisible la posibilidad de realizar un inventario acerca del haber que consta en las instituciones financieras en caso de una liquidación de bienes gananciales, lo cual significaría un avance en la claridad de la normativa, y a su vez ayudaría a que el juzgador tenga una norma concisa que le permita realizar su labor de una manera más rápida y eficiente, o inclusive, que en caso de una demanda de este tipo, la contraparte pueda recurrir al banco o institución financiera a solicitar certificación directamente sobre los activos que allí constan, posterior a demostrar su legitimación como parte actora o demandada dentro del proceso, esto con el fin de colaborar con la celeridad del proceso. Para aclarar esta posición, debe considerarse que la legislación al referirse a *"los inventarios que se consideren pertinentes"*³¹⁰ incurre en un término abierto e indeterminado, y se debe tener presente que la información financiera de las personas requiere una regulación más concisa, como se ha anotado a lo largo de esta investigación. Por ende, debería de mencionarse de una manera concreta la fórmula a seguir en caso de que tales inventarios contemplen información financiera, que indique si deben flexibilizarse los criterios al momento de otorgar tales datos o bien que se considere más rígida su solicitud. Lo trascendental sería que la legislación haga mención de este supuesto, ya que lo omite plenamente.

G- Ausencia de criterios claros en cuanto a los tipos de representación y mandato que se perfilan como excepción al secreto bancario

En apartados anteriores³¹¹ se llevó a cabo una breve explicación sobre el mandato y la representación y, al respecto se dedujo que su regulación dentro de la legislación es omisiva, en tanto que no existe una conexión entre estos y el manejo de la información derivada de la intermediación financiera. Resulta que normativa no es explícita en el tanto que no refleja de manera clara qué

³¹⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2004). *"Código de Familia"*. Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art 41.

³¹¹ Ver *supra*, p.187.

tipo de mandato es el utilizable en casos en que se deba acceder a información cubierta por el secreto bancario. Sería necesario, entonces, que la legislación sea más delimitada y declare los alcances de cada tipo de mandato, y que logre establecer dentro de tales cuantificaciones el tipo de poder mediante el cual se puede acceder a la información protegida por el secreto bancario.

El mandato y la representación son figuras a través de las cuales se ejecutan actos de terceras personas, generalmente por medio de un poder constituido para tales efectos, dada la presencia de múltiples figuras, el tema será analizado a partir de los siguientes temas generales:

1- El mandato

Como ha sido indicado, el mandato o poder generalísimo otorga facultades plenas³¹², por lo que es posible, por medio de tales atribuciones, acceder a las transacciones financieras en general; sin embargo, la crítica radica en que la ley no señala de manera concreta qué tipo de transacciones pueden ser accedidas a través de este tipo de poder, ya sean cuentas bancarias, información derivada de las mismas u otro adjetivo análogo que sea totalmente expreso. Dado el carácter confidencial de estos datos, resultaría importante que la normativa contemple este tipo de situaciones.

Por otra parte el Código Civil³¹³, enumera las facultades otorgadas a partir del poder general, sin embargo, estipula a su vez que este tipo de mandato permite:

"Ejecutar todos los actos jurídicos que según la naturaleza del negocio se encuentren virtualmente comprendidos en él como medios de ejecución o como consecuencias necesarias del mandato."³¹⁴

A partir de esta norma podría asumirse que eventualmente sí puede accederse a ciertos datos confidenciales mediante las facultades concedidas por

³¹² Ver artículo 1253 del Código Civil.

³¹³ Ibid art. 1255.

³¹⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1255, inciso 6.

un poder general. Pese a esto, la norma es muy abierta, por lo que es necesaria una delimitación que explique si es éste un medio de excepción ante el secreto bancario.

En cuanto al mandato especial, el Código Civil preceptúa:

"Artículo 1256.- El poder especial para determinado acto jurídico judicial y extrajudicial, solo facultará al mandatario para los actos especificados en el mandato, sin poder extenderse ni siquiera a los que se consideren consecuencia natural de los que el apoderado esté encargado de ejecutar..."³¹⁵ n

Esta norma es clara en cuanto a la especificidad del mandato especial; por lo tanto, aquí consideramos que puede encuadrar cualquier acto concretamente estipulado por el mandante.

En igual orden de ideas, el poder especialísimo ha sido constituido para ejecutar actos de carácter personalísimo, tales como el matrimonio, por lo que este se conforma solo en tales supuestos. Y por su parte, el mandato judicial otorga facultades para las diligencias de orden judicial³¹⁶.

Pero el elemento central de esta crítica se ajusta a que la información referente a las transacciones financieras tienen un carácter confidencial y deben ser particularmente protegidas; por lo tanto, la legislación debería especificar de manera concreta qué tipo de mandato se utilizará en aquellos casos en los que se requiere acceder algún dato que se derive de la actividad de intermediación financiera.

³¹⁵ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 1256.

³¹⁶ Ver Título VIII, Capítulo 1 del Código Civil.

2- La tutela, curatela y albaceazgo

En el caso de estos institutos, la omisión es recurrente, pues ninguno de estos hace referencia específica a la información y el haber que consta en instituciones dedicadas a la intermediación financiera.

Por ejemplo, en el caso del albacea³¹⁷, éste tiene facultades de mandatario con poder general, pero no especifica tal figura como excepción al secreto bancario.

Igual situación ocurre con la curatela, ya que la legislación³¹⁸ no detalla el proceder que deben tener las instituciones bancarias en caso de que el curador quiera acceder a ciertos datos o activos.

Siguiendo la misma línea, la tutela³¹⁹, que en ciertos casos puede suponer la administración de bienes, no es expresa, es decir, que la ley escrita no indica puntualmente el procedimiento a seguir en estos casos.

3- La patria potestad

Es sabido que la patria potestad otorga facultades de administración sobre los bienes de los menores; sin embargo, se incurrió en la misma deficiencia que se ha venido señalando, pues el Código de Familia, que regula esta figura, no es concreto respecto a la información bancaria. Si bien es cierto la normativa explica que la patria potestad permite la administración de los bienes del hijo menor por parte de sus padres, así como su representación³²⁰, no determina de manera expresa en su texto el manejo de información financiera. Se sugiere que tal estipulación ocurra en el contenido de la ley, con el fin de evitar confusiones a los funcionarios de las entidades financieras, sobretodo en razón de que éstos últimos no necesariamente han de tener un conocimiento integral del Derecho.

³¹⁷ Ver artículo 548 del Código Civil.

³¹⁸ Ver Título VI del Código de Familia.

³¹⁹ Ibid. Título V Capítulo I.

³²⁰ Ibid. artículos 140 y 145.

4- Otras figuras de representación

Debe tenerse en cuenta, además, otras figuras como la gestión de negocios³²¹, que tienen una regulación omisiva en lo tocante al secreto bancario.

Se finaliza esta crítica con un resultado final, diciendo que las figuras de mandato y representación son figuras aplicadas muchas veces en conjunción con la administración de bienes y datos que constan en entidades financieras; pese a esto, la normativa no señala de manera "expresa" cuáles tipos de representación y mandato son los idóneos para tener acceso estos datos.

Entonces, se plantea como una necesidad la clarificación de la legislación en este sentido, esto para resguardar de manera efectiva la confidencialidad, pero a la vez que se otorguen las facilidades necesarias para obtener la información pertinente cuando se tenga la legitimación para hacerlo, ya que la información financiera integra un sector de información que ostenta un carácter sensible y por ende debe darse una regulación especial al respecto.

H- Omisión normativa sobre la información financiera que pueden acceder los acreedores en función de sus derechos sobre sus deudores

En capítulos anteriores³²², se analizó que un acreedor puede efectuar ciertas acciones dirigidas a garantizar el pago de la deuda a su favor, dirigidas directamente a regular las acciones de su deudor. Se cita en este caso la acción oblicua y la acción pauliana. En el caso de la primera, debe anotarse que el Código Civil permite que el acreedor obre inclusive sin autorización judicial, siempre que se trate de hechos que buscan la conservación del patrimonio del deudor³²³. Como se dijo anteriormente, el haber patrimonial de un individuo puede estar conformado en un porcentaje importante o aún más puede ser íntegramente conformado por capital ubicado en instituciones financieras.

³²¹ Ver artículo 273 del Código de Comercio.

³²² Ver supra. pp.196-197.

³²³ Ver artículo 716 del Código Civil.

Entonces, ¿puede el acreedor ejecutar actos dirigidos a preservar el haber patrimonial de un deudor, que consta en una entidad financiera? Para responder tal interrogante se plantea el siguiente ejemplo: Si un deudor garantiza el pago de una obligación a través de un pagaré que está a su favor, éste no lo cobra y se aproxima su prescripción, el acreedor eventualmente podría llevar a cabo la acción de cobro con el fin de garantizar el pago de su obligación. Aquí podría ocurrir que ante la negativa del deudor de hacer efectivo el pagaré, éste prescriba y ocurra un perjuicio para el acreedor. Entonces, la acción oblicua busca evitar que esta garantía prescriba, a fin de que el acreedor pueda hacer efectivo el cobro de la obligación. El ordenamiento busca básicamente establecer garantías para que aquellos que ofrecen créditos tengan un ambiente más sólido para desempeñar su función, lo cual ayuda al progreso económico y social de una nación, ya que facilita créditos y colabora a la expansión en todo aspecto. Pero entonces, ¿tales acciones podrían efectuarse en relación a una cuenta de ahorros, corriente, certificado de depósito a plazo u otro tipo de operación que conste en una entidad bancaria o financiera?.

En igual sentido, puede surgir la interrogante sobre si es aplicable la acción pauliana respecto al haber patrimonial manejado en instituciones financieras, cuyos requisitos se pueden observar tras la lectura del siguiente extracto:

"Los requisitos para su procedencia son: a) fraude de la persona deudora: intención de causarle un perjuicio al deudor, pero a su vez debe haber un conocimiento de esa intención, de parte de la tercera persona interviniente que participa en la negociación con la deudora (inciso b del 848); b) un perjuicio causado a la persona acreedora: este negocio entre la parte deudora y la tercera persona produce una disminución en el derecho de garantía de la parte acreedora. A su vez se perjudica la exigibilidad del crédito, pues el negocio de la parte deudora es hecho para disminuir su patrimonio (artículo 848, inciso 2º); c) el crédito debe ser anterior al acto de

"empobrecimiento" de la parte deudora (artículo 848, inciso a).³²⁴

(Resaltado no es del original)

Debe recordarse que la acción pauliana³²⁵ busca rescindir un negocio jurídico en tanto cuestiona su validez, dados los elementos arriba explicados, acción que efectúa el acreedor en nombre propio a diferencia de la acción oblicua, donde actúa en nombre de su deudor.

Al plantear las anteriores interrogantes, se debe tener en cuenta que existe el principio básico que explica que *"Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas...³²⁶"*, por lo que al considerar la universalidad del patrimonio como garantía, eso incluye el capital u otros activos que se encuentren bajo el resguardo de una entidad financiera.

Evidentemente, en Costa Rica, tales acciones tienen como requisito fundamental que se expida una orden judicial³²⁷ para intervenir este tipo de patrimonio.

Sin embargo, lo que capta la atención es que el Código Civil no es específico respecto de las cuentas bancarias u otro tipo de haber dentro de alguna institución financiera, en cuanto a este tipo de acciones³²⁸. Tal especificación sería importante, en vista de que la información y el patrimonio que consta en las entidades financieras tienen un carácter confidencial, por lo que tal delimitación puede ser llevada a cabo de una manera general o inclusive ser taxativa respecto de los supuestos en los cuales se permite injerencia de un acreedor sobre la información y recursos financieros, con el fin de delimitar la labor de los jueces y funcionarios bancarios.

³²⁴ Tribunal Segundo Civil (11:50 13-03-2009). "Voto N°166-2009". San José, Costa Rica.

³²⁵ Ver artículo 848 del Código Civil.

³²⁶ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 981.

³²⁷ Ver artículos 242 del Código Procesal Civil.

³²⁸ Véase artículos 716 y 748 del Código Civil.

I- Carencia normativa respecto a los actos previos a la constitución del contrato bancario

Es diversa la normativa que señala que la información obtenida con ocasión de la intermediación financiera ostenta un carácter confidencial, sin embargo, no existe una regulación expresa por parte de la legislación concerniente a los actos preparatorios en la constitución de contratos bancarios y financieros. Esta reflexión se remonta al momento en que los funcionarios de las distintas entidades financieras tienen conocimiento acerca de alguna información de carácter personal a través del desempeño de sus funciones. Se debe enfatizar en esto, pues no se hace referencia específica a la figura del precontrato, que *"...en rigor, es un contrato por medio del cual surge una obligación de hacer: la celebración del futuro contrato, que a su vez constituye su objeto o finalidad..."*³²⁹. Este estudio va más allá y contempla, como preocupación principal, la protección de las manifestaciones verbales o documentos presentados que no constituyen un precontrato, sino que van orientados a recabar información sobre los diferentes servicios financieros que ofrece cierta institución³³⁰. Así, por ejemplo, un sujeto puede dirigirse a solicitar información a un banco específico acerca de un crédito, y como parte de este proceso hacer manifestaciones verbales con un contenido confidencial, siendo este tipo de información ajena a la constitución de ningún documento formal que garantice el silencio por parte del funcionario que conoce tales datos. Es en este tipo de situaciones que se ubica la problemática, pues el ordenamiento se refiere de forma general a la información financiera³³¹; sin embargo, no muestra una protección especialmente localizada en los actos previos, constituyendo esto un factor de desventaja para el cliente. Se reitera, entonces, que el deber de sigilo sirve como elemento generador de confianza para el cliente, por lo tanto sus alcances deben estar bien definidos.

El caso de la información previa a constituir una relación formal expresada mediante un contrato puede envolver datos de carácter confidencial,

³²⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (14:55 11-10-1995). "Voto N°109-95". San José, Costa Rica.

³³⁰ Ver LORENZETTI, Ricardo, *op.cit.*, p. 323-324.

³³¹ Ver en ese sentido artículos 14, 131, 132 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y artículos 3 y 8 inciso 1 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores entre otros.

por lo tanto es nuestra posición, develar aquí una clara deficiencia normativa, pues la legislación no menciona tales supuestos:

Una vez más queda probado que la legislación que regula el manejo de la información financiera es general y propensa a multiplicidad de disquisiciones, lo cual podría confluir en un conflicto de criterios que puedan perjudicar tanto a las entidades financieras como a sus clientes.

3- La omisión del deber de confidencialidad expreso en los contratos bancarios

Como ha sido analizado³³², la posición de la doctrina indica que la responsabilidad civil derivada de la transgresión del secreto bancario es una responsabilidad de tipo contractual, debido a que las relaciones entre la institución y sus clientes se rigen por las reglas de un contrato, en la mayoría de sus casos. Sin embargo, el contrato generalmente es omisivo con respecto al deber de confidencialidad; por su parte, la doctrina explica que es un factor implícito en la relación³³³. Según la posición aportada en este estudio, y en vista de la gran relevancia del deber de sigilo, se considera necesario que ésta sea obligación explícita dentro del contrato.

Resultaría acertado que los contratos incluyan una cláusula penal que fije los daños y perjuicios en caso de que se violente el deber de confidencialidad.

Sin embargo, la cláusula penal³³⁴ dirigida a garantizar la confidencialidad es un instituto ausente, en razón del contenido implícito del secreto bancario en la formulación de este tipo de contratos. Es cierto que la ley indica este deber de reserva; sin embargo, puede estar manifestado como voluntad de las partes, pues el contrato puede registrarse por todo tipo de acuerdos siempre que no contravengan la ley, lo cual significa una libre expresión de voluntad de los contratantes:

³³² Véase supra p. 108.

³³³ Ver FIGUEROA CRUZ, op. cit., p. 46 y CASTILLO INCERA, C y CASTRO PACHECO, J "El contrato de depósito bancario",

entre otros.

³³⁴ Ver artículo 708 del Código Civil.

"En el negocio jurídico rige la regla de que el sujeto tiene autonomía de voluntad. Puede o no celebrarlo, y, celebrándolo, puede regular mediante él sus relaciones jurídicas como desee... Aplicando el principio de autonomía de la voluntad, la ley permite a los particulares crear negocios nuevos (atípicos), no regulados especialmente en ella, siempre y cuando los sujetos observen las normas genéricas establecidas..."³³⁵

Pese a esta determinación de voluntad, se debe recordar que en la relación existente entre una entidad financiera y el cliente, la regla general radica en los términos que la primera indique; por lo tanto, el cliente se encuentra en una desventaja al momento de constituir el contrato.

Por lo general, lo que ocurre en este tipo de relaciones es la formulación de un contrato de adhesión. Según indica la Sala Constitucional *"Los elementos definitorios de este tipo de contratos, son los siguientes: a) la pre-redacción unilateral del contenido del contrato por una parte que se impone a la otra; b) la inmodificabilidad del mismo por la contraparte que sólo puede aceptarlo o rechazarlo; c) la estandarización de las relaciones contractuales mediante la redacción de las condiciones generales del contrato. Este tipo de contratación suele ser lugar común en materia bancaria, de seguros y suministro de servicios públicos."*³³⁶

Queda claro que este tipo de contratos son pre-constituidos, y la voluntad del cliente se limita a la decisión de aceptarlo o rechazarlo, por lo que no existe una discusión en cuanto a su contenido, a diferencia de otro tipo de contratos, donde ambas partes sugieren una negociación hasta llegar a un mutuo acuerdo que satisfaga a los contratantes.

³³⁵ Ver PÉREZ VARGAS, *op. cit.*, p. 235.

³³⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:35 07-02-2007). *"Voto N°1556-07"*. San José, Costa Rica.

Por su parte, el Código Civil³³⁷ señala una serie de cláusulas abusivas, cuya incorporación dentro del contrato facultan para declarar la nulidad absoluta de este. Es decir, que quien se adhiere al contrato puede recurrir a la autoridad jurisdiccional correspondiente, en caso de que alguna de las cláusulas del contrato sea abusiva. La ley busca en este sentido proteger a la parte en desventaja, siendo aplicable esto a los clientes de las entidades financieras.

Lo más destacable aquí es que no existe esa libertad de negociación entre el cliente y la entidad financiera, constando una limitante en la voluntad de los primeros.

Es cierto que el secreto bancario es un instituto con carácter legal; por lo tanto, aunque no sea expreso en el contrato es totalmente aplicable. Sin embargo, resultaría oportuno que la ley instituya la obligación de contemplar el deber de sigilo dentro de las diferentes modalidades de contratos de este sector, e incluso serían acertadas cláusulas penales que tasen los daños y perjuicios en los contratos bancarios, específicamente dirigidas a contemplar aquellos casos en que se violente el deber de sigilo.

Este razonamiento es en consideración de que la normativa actual debe ir en función de la celeridad procesal, pues el acuerdo de este tipo de cláusula ofrece al cliente un grado mayor de seguridad, además de cuantificar de manera previa los daños y perjuicios que eventualmente puedan ocurrir, lo que significa un adelanto en la fluidez y el transcurso del proceso. Como indica el Código Civil:

"Artículo 708.- El efecto de la cláusula penal es determinar con anticipación y a título de multa los daños y perjuicios debidos al acreedor, por el deudor que no ejecute su obligación o que la ejecute de una manera imperfecta."³³⁸

³³⁷ Ver artículo 1023 del Código Civil.

³³⁸ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Decimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 708.

Es notable que se persigue la anticipación de los daños y perjuicios, ahorrando el trabajo de efectuar su cuantificación de manera posterior.

Entonces, en busca del principio de celeridad procesal, con el fin de la economía dentro del proceso y por una mejor tutela del secreto bancario, consideramos acertado que la ley imponga este tipo de requerimientos en la constitución de contratos formulados entre clientes y entidades financieras.

En resumen, la ley no señala como obligación que se exprese en este tipo de contratos el deber de confidencialidad, ni estipula la constitución de cláusulas penales para la protección de este mecanismo, cuestión que consideramos como un vacío normativo, sobre todo en vista del deber Estatal de garantizar la protección de este tipo de datos y resguardar a los clientes que figuran dentro de una relación en la que están en posición desventajosa.

K- La indeterminación del interés público como atribución que permite excepciones al secreto bancario

A través de esta investigación se han planteado diversas premisas acerca de este problema, el cual radica precisamente en que el interés público es un concepto jurídico indeterminado, al igual que otros conceptos como el orden público o las buenas costumbres, donde no existe una definición legal unívoca al respecto.

Esto puede discurrir hacia un conflicto de razonamientos, por lo que se perfila como uno de los puntos más débiles de la legislación al respecto.

El interés público se presenta como una excepción al secreto bancario, es decir, que se puede acceder a datos referentes al transcurso de la intermediación financiera siempre que sea con el objeto de conocer esta información por estar revestida de un interés público.

En sentido general, todo aquello que escapa del interés público pertenece únicamente a la esfera privada de los individuos. Pero determinar cuándo se aplica el interés público como excepción no es una tarea sencilla, ya que la información que manejan estas entidades debe protegerse con el fin de salvaguardar el sistema financiero.

Ante la solicitud de información en relación con un banco estatal la SUGEF indicó que *"Divulgar datos de este corte podría generar pánico en el público inversionista, que, carente de los conocimientos técnicos necesarios para interpretarlos, generaría una crisis que afectaría al sector financiero y la economía en general."*³³⁹

Este extracto explica que mediante el deber de confidencialidad se tutela no solo un interés privado, sino también el interés público, que radica en la confianza que depositan los clientes en el sistema financiero en general. Pese a esto, la Sala Constitucional señaló que *"...es una garantía para los ahorrantes e inversores, que se someta a escrutinio público los asuntos de real interés público que tienen que ver con las actuaciones de quienes administran los bancos del Estado, dado que es la transparencia y no el secreto en estos asuntos, lo que genera confianza en el sistema."*³⁴⁰

Vemos aquí una emisión de criterios que podría facilitar la confusión, pero la jurisprudencia indica que el interés público prima sobre el secreto bancario, siempre y cuando no se brinden datos específicos con carácter privado.

Ante tal situación, se señalan dos criterios encontrados al respecto. Entonces, ¿cómo determinar cuál tipo de información se ve revestida de un interés público?

³³⁹ Superintendencia General de Entidades Financieras citado por Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (09:15 29-07-2005). "Voto N°9855-05", San José, Costa Rica.

³⁴⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:49 11-07-2003). "Voto N°6908-03", San José, Costa Rica.

Evidentemente, la legislación no explica de manera detallada la respuesta a esta interrogante, que es precisamente la debilidad que aquí se encuentra.

La determinación del interés público ciertamente no es un tema de rápida solución; sin embargo, es importante, que la legislación sea implementada de manera que se defina aquellos casos en los cuales el interés público resulta ser una excepción al secreto bancario.

Resultaría necesario que esto sea en función de ciertos elementos específicos que conforman un interés superior que compete a la colectividad, es decir, que la legislación debería especificar cuáles temas tienen un interés público. Así, por ejemplo, podemos citar:

- El tema de la administración tributaria
- La supervisión consolidada
- La legitimación de capitales
- La administración de recursos estatales
- El patrimonio de partidos políticos
- La persecución de las actividades delictivas amparadas en la intermediación financiera
- Todas las labores que impliquen un nivel de transparencia en la administración del capital estatal.

En cuanto al tema de los aportes que reciben los partidos políticos, ya se analizó que la reforma de ley previamente citado en este estudio³⁴¹ especifica que toda la información contable de los partidos políticos es de acceso público, lo cual evidencia que sí es posible la determinación de temas específicos encuadrados dentro de los parámetros del interés público, por lo que la crítica se posa en que tal determinación debería llevarse a cabo en todos los contenidos que así lo requieran.

³⁴¹ Véase supra pp. 201-202.

Entonces, nuestro juicio consiste en que se contemple dentro de la legislación los temas específicos que podemos catalogar como de interés público, pues es necesario evitar confusiones y evitar la dilación en los eventos en que se hace una solicitud de este tipo de información.

L- Rigidez del secreto bancario y sus implicaciones en la comisión de delitos fiscales

La evasión fiscal ocurre a través de *"...la adopción de una forma jurídica anormal, atípica o inadecuada, aunque permitida por el derecho privado, para la obtención del resultado económico que se tenga en mira concretar..."*³⁴², en cuyo caso serían actos encaminados a defraudar a la administración tributaria. Esto explica por sí mismo que la tutela del manejo informativo vinculado a los delitos fiscales va en función del interés público como mencionamos en el punto anterior.

Dado el carácter de interés público que tiene este tema, consideramos preciso que la legislación que regula el secreto bancario sea más flexible en cuanto a las facultades de la administración tributaria.

El Código de Normas y Procedimientos Tributarios explica:

"Artículo 4.- Definiciones

*Son tributos las prestaciones en dinero (impuestos, tasas y contribuciones especiales), que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines.*³⁴³ " (Resaltado no es del original)

Es visible mediante esta norma que la tributación tiene una función social y económica de gran trascendencia, pues la recaudación fiscal conforma los

³⁴² Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección décima. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea. (15:30 10-10-2008). "Voto N°24-08". San José, Costa Rica.

³⁴³ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2003). "Código de Normas y Procedimientos Tributarios". Décimo primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 4.

recursos necesarios para que el Estado ejecute sus funciones, a través de su potestad de imperio.

La Sala Constitucional explica que la tributación *"...es la máxima expresión del poder de imperio del Estado, por el cual puede compeler a todos los habitantes de la República, incluso en forma coactiva, a contribuir con parte de su patrimonio para la manutención del aparato estatal..."*³⁴⁴

Es incuestionable la importancia de los tributos para el buen funcionamiento Estatal; por ende, consideramos necesaria una reforma a la ley en este sentido, pues como explicamos en apartados anteriores, la administración tributaria no ejerce un control cruzado con las entidades financieras sobre los distintos movimientos de capital, que en estas últimas se tramitan; más bien, las autoridades tributarias deben contar con indicios de alguna actividad anómala, para solicitar a una resolución judicial que los faculte a indagar acerca de este tipo de datos.

Entonces, no existe un tratamiento preventivo con respecto a la defraudación fiscal, sino que deben existir indicios, lo cual muestra que muchas veces el perjuicio puede alcanzar grandes proporciones hasta que sea detenido e investigado, y es aquí donde la información financiera resulta ser instrumento de gran ayuda para tales fines.

La comunidad internacional centra su atención sobre el aspecto fiscal, ya que es un esfuerzo colectivo que busca exterminar las organizaciones delictivas organizadas a nivel transnacional. Es por esto que se ha puesto al descubierto la rigidez que presenta el secreto bancario en lo que refiere a materia fiscal.

Lo más alarmante en relación con esta deficiencia en la normativa es que nuestro país fue catalogado como "paraíso fiscal", tal y como habíamos destacado en el desarrollo anterior del trabajo. Ante tal acontecimiento, la

³⁴⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:03 12-07-2002). "Voto N°6973-02". San José, Costa Rica.

respuesta fue inmediata, ya que el Ministerio de Hacienda emitió su *compromiso de presentar un proyecto de ley que corrija esta situación*. Entonces, ¿es factible preguntarse si en Costa Rica la participación de organizaciones internacionales es el medio idóneo que nos lleve a analizar las medidas correctivas a tomar sobre las insuficiencias en nuestra legislación? Evidentemente, el medio adecuado sería a través de una investigación legislativa que permita llenar los vacíos normativos, pues es a través de este órgano representativo que se instituye la implementación normativa³⁴⁵ y no por medio de organizaciones internacionales.

Esta apreciación consiste en que el Gobierno no debe esperar a que existan consecuencias negativas, no solo por la deficiente regulación en materia fiscal, sino en los otros aspectos contemplados, pues dada nuestra autonomía como nación consideramos adecuado que este tipo de problemáticas sean tratados previo a los eventuales daños que ocurran.

Este tipo de situaciones y el hecho de que la legislación es dispersa y omisiva, sirve como base a este criterio; además, cabe acotar que Costa Rica cuenta con una estructura jurídica suficiente para plantear cambios y arraigar en la normativa todo un sistema de protección a la información producida antes, durante y después del proceso de la intermediación financiera, pero a su vez debe contener suficientes herramientas que permitan flexibilizar esa protección siempre que intervenga un interés de carácter superior, pues solo una investigación seria y minuciosa permitiría una reforma a la legislación que actualmente regula el manejo de la información financiera.

M- La jurisprudencia como encargada de dirimir las discrepancias ocurridas por el enfrentamiento del secreto bancario ante el derecho a la información

Este es uno de los problemas más periódicos en cuanto a la regulación del manejo de información financiera. Consiste en que dados los vacíos

³⁴⁵ Véase en ese sentido el artículo 105 de la Constitución Política.

normativos presentes en nuestra legislación, las solicitudes de información de este tipo deben ser tramitadas a partir de resoluciones en su mayoría emitidas por la Sala Constitucional, dada la negativa de las entidades financieras a cumplir tales peticiones. Según hemos logrado ver a través de la jurisprudencia, las instituciones financieras, como comportamiento general argumentan el secreto bancario y niegan la información que solicitan terceros, ya sea sobre transacciones de clientes o sobre el propio accionar de la entidad. Muchas veces, por ejemplo, estas solicitudes versan sobre algún tema revestido de interés público, y aunque el banco se encuentra en la obligación de suministrar este tipo de datos, se niegan a cumplir con ello, ya que, ante lo confuso de las normas que tratan estos asuntos, el comportamiento general de bancos u otras instituciones consiste en amparar su proceder en el secreto bancario.

Tales acontecimientos ocurren sobretodo porque la defectuosa regulación que existe no explica de manera correcta el procedimiento a seguir por parte de las instituciones; por lo tanto, recurren a un hermetismo absoluto, esto con el fin de evitar incurrir en presupuestos de responsabilidad penal y civil.

Para ser más específicos, es recurrente que cuando un individuo solicita a una entidad bancaria, información sobre sus finanzas o sobre alguna transacción específica, la institución no accede a tal petición, y el individuo acude por lo general a interponer un recurso de amparo para que solventen esta situación.

Lo reprochable aquí radica en que han sido este tipo de resoluciones en reiteradas ocasiones las encargadas de resolver el conflicto, lo cual deja ver que la normativa no es clara, y no permite a las entidades financieras determinar con certeza qué tipo de información puede suministrar y en cuáles casos específicos puede hacerlo. Más aún, no existen preceptos que obliguen a las instituciones a suministrar estos datos, por lo que los individuos deben acudir al área judicial para resolver su petición.

Esta opinión confluye en que es la Sala Constitucional la que se ha encargado de "legislar", si se puede decir, los temas relacionados con el manejo de la información financiera. Para explicarlo mejor, se manifiesta que el trabajo legislativo ha sido desprovisto de un análisis profundo que tenga como resultado una normativa bien estructurada, que sea clara y que evite en la medida de lo posible la intervención jurisdiccional.

Para ser más explícitos en esta crítica, puntualizamos que la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

"Artículo 13.-

La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.³⁴⁶"

Esto quiere decir que sus resoluciones deben ser acatadas por todos y sus criterios son oponibles ante todos los individuos, es decir que sus resoluciones son vinculantes o bien de carácter obligatorio. Pero, además, la norma dice que no es vinculante para sí misma, lo cual explica que la Sala Constitucional puede cambiar de criterio y emitir alguna resolución contradictoria respecto de alguna previa emitida por ella misma.

Parte de los conflictos sobre si el secreto bancario protege o no determinada información son resueltos por la Sala Constitucional. Por ello, nos parece importante demostrar el problema que ocurre en cuanto a este proceder.

Para tener un panorama mejor explicado, se analizará el siguiente caso:

A través de un recurso de amparo³⁴⁷, se trató el caso de un cliente, quien solicitó un crédito ante el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, institución que denegó su trámite debido a que existía en sus registros una

³⁴⁶ República de Costa Rica (2006). *"Ley de la jurisdicción constitucional"*. Novena edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 13.

³⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (16:39 29-01-2008). *"Voto N° 1410-08"*. San José, Costa Rica.

operación crediticia en el historial del citado cliente, que data desde 1989, por la cual el Banco debió acudir a interponer cobro judicial, debido a su incumplimiento. El recurrente considera lesivo que el registro de esta operación permanezca indefinidamente en la base de datos del banco.

En este voto, la Sala Constitucional argumentó lo indicado en otra resolución, que indicó:

"Así las cosas, pese a que en anteriores ocasiones y se citan, por ejemplo, las sentencias 8000-2006 de las 9:03 hrs. del 2 de junio de 2006 y la 17559-2006 de las 15:03 hrs. del 5 de diciembre de 2006, se consideró que el almacenamiento de los datos de una persona y, específicamente, el detalle de una cuenta como "incobrable" en un registro de un banco sin sujeción a un límite temporal, constituía una sanción contraria al Derecho de la Constitución; en esta oportunidad y bajo una mejor ponderación, se procede a cambiar el criterio..."³⁴⁸

(Resaltado no es del original)

De este extracto, se concluye que la Sala Constitucional dio un giro importante a su criterio, pues luego de considerar por algún lapso de tiempo que el mantener estos datos de manera indefinida era lesivo para los derechos constitucionales, cambió de parecer y considera que no existe transgresión de estos derechos.

Respalda su razonamiento una vez más en lo considerado en otro voto, que esgrima:

"En definitiva, este Tribunal considera que el almacenamiento de datos sobre el comportamiento crediticio de una persona es una actividad de marcado interés público para los bancos comerciales, pues constituye un

³⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:45 02-02-2007.). "Voto N°1455-07". San José, Costa Rica.

mecanismo de resguardo para la normalidad del mercado de capitales para evitar el aumento en los intereses por riesgo.³⁴⁹ "

Para sintetizar, se tiene que en un voto del año dos mil ocho, la Sala Constitucional aplica el mismo criterio seguido por otro voto del año dos mil siete, éste último ya significaba un cambio importante de posición respecto a lo que se venía aplicando. Pero lo más notable reluce cuando se analiza otro voto del año 2008, que explica que:

"...la Sala debe establecer, al menos mientras no exista una previsión normativa expresa, un plazo para que opere el derecho al olvido en tratándose de comportamientos inadecuados frente a obligaciones crediticias. Para ello, siguiendo su jurisprudencia, debe basarse en los plazos de prescripción previstos en materia mercantil, cuando de créditos mercantiles se trate. Al respecto, el artículo 984 del Código de Comercio establece una prescripción ordinaria de 4 años, plazo que deberá ser tenido como límite al almacenamiento de datos referentes al historial de incumplimientos crediticios. Dicho plazo deberá ser computado a partir del momento en que se declaró incobrable el crédito, o bien desde que se dio su efectiva cancelación, luego de efectuado un proceso cobratorio. La idea es que dicho término ocurra una vez transcurridos 4 años a partir del momento en que el crédito en cuestión dejó ser cobrable. De esta forma, se trata de lograr un adecuado equilibrio entre el legítimo interés de las instituciones financieras de valorar el riesgo de sus potenciales clientes y el derecho de la persona a que la sanción por su incumplimiento crediticio no lo afecte indefinidamente, en consonancia con su derecho a la autodeterminación informativa.³⁵⁰ " (Resaltado no es del original)

Aquí, la Sala Constitucional considera que debe operar el derecho al olvido, es decir, que los registros sobre operaciones crediticias no deben permanecer en las bases de datos de las entidades sin una restricción temporal.

³⁴⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:45 02-02-2007.). "Voto N°1455-07". San José, Costa Rica.

³⁵⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (13:06 29-08-2008.). "Voto N°13303-08". San José, Costa Rica.

Será trazado el análisis a través de una línea temporal de cambio de criterios constantes así:

- En el año 2006, la Sala Constitucional considera en varios fallos que mantener datos que registren operaciones crediticias con carácter de incobrables, de manera indefinida, es un acto contrario al Derecho Constitucional.³⁵¹
- La Sala Constitucional cambia su criterio en 2007, y considera que mantener este tipo de registro tiene un marcado interés público, y es de importancia para el sistema financiero, con el fin de reducir el riesgo en los créditos.³⁵²
- En 2008, un voto constitucional³⁵³ aplica nuevamente el criterio señalado en 2007.
- Tan solo meses después, en 2008³⁵⁴, los magistrados cambian de nuevo su criterio, considerando que se debe aplicar el derecho al olvido, específicamente, que estas transacciones deben permanecer en los registros de los bancos durante un máximo de 4 años, esto aplicando la prescripción ordinaria indicada en el Código de Comercio.

Otro aspecto relevante es que en esta última resolución estudiada se indica que debe establecerse un límite temporal al almacenamiento de este tipo de transacciones *"al menos mientras no exista una previsión normativa expresa"*³⁵⁵. Este último aspecto evidencia, entonces, que si existiera una normativa expresa respecto al manejo de esta información, la tutela no sería por vía jurisprudencial, sino expresa una tarea del ordenamiento jurídico.

³⁵¹ Ver votos N°8000-06 y N°17559-06 de la Sala Constitucional.

³⁵² Ver voto N°1455-07 de la Sala Constitucional.

³⁵³ Ver Voto N°1410-08 de la Sala Constitucional.

³⁵⁴ Ver voto N°13303-08 de la Sala Constitucional.

³⁵⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (13:06 29-08-2008.). *"Voto N°13303-08"*. San José, Costa Rica.

Luego del caso ilustrado, se considera que el manejo de información resultante de las relaciones de intermediación financiera debe estar regulado de una manera explícita en la ley, pues como vimos, una línea jurisprudencial puede cambiar de curso, es decir, que la jurisprudencia no es una constante y pueden existir cambios radicales de criterio.

Lo preocupante aquí es que la jurisprudencia ha sido la llamada a dirimir conflictos relacionados con el manejo de información financiera, por lo que es incuestionable que existe un serio problema a nivel de ley.

Si existiera una previsión normativa oportuna, la aplicación de la ley en cada caso sería concreta, y no se expondría el sistema financiero y a los mismos clientes a recurrir como regla a las autoridades jurisdiccionales.

Se concluye entonces que una ley clara y concisa significa un margen menor de discrepancias, siempre teniendo en cuenta que tal ley debe ser emitida en deferencia de obtener un entorno equilibrado entre los intereses colectivos y los individuales.

N- Vacíos normativos en cuanto a la supervisión consolidada y su integración con el secreto bancario

Uno de los principios tratados por el Comité de Basilea explica:

"Principio 24 – Supervisión consolidada: para la supervisión bancaria resulta esencial que los supervisores lleven a cabo su labor en base consolidada para todo el grupo bancario, realizando un adecuado seguimiento y, cuando corresponda, aplicando normas prudenciales a todos los aspectos de las actividades que el grupo realiza a escala mundial.³⁵⁶"

³⁵⁶ Ver anexo 1.

La supervisión consolidada se considera como la facultad del ente supervisor de tener acceso a la totalidad de los datos de los grupos financieros, es decir, que en nuestro caso, las distintas superintendencias puedan acceder a tales informaciones de una manera integral, esto para hacer más eficiente la supervisión. En el proyecto de Ley 16 008, se indica que *"Esto implica tener la capacidad para revisar las actividades bancarias y las no bancarias que sean realizadas por todas las subsidiarias del grupo en el territorio costarricense o en el exterior."*³⁵⁷

Este es el punto débil de nuestra normativa, pues, actualmente, la supervisión de las entidades financieras tiene un margen limitado de acceso a la información.

Este acceso a la información financiera ¿podría constituirse como una infracción al secreto bancario? Precisamente, esta nueva normativa debe ponderar en cuáles casos es aplicable el interés público, y si el tratamiento de datos por parte de los organismos de supervisión significa una transgresión de la confidencialidad, o si efectivamente existe un interés de orden superior. Una vez más vemos que todos los factores deficientes de la legislación se conjugan entre sí, por lo que el estudio de una nueva normativa debe ser a nivel integral, para que se entienda el alcance del deber de confidencialidad.

La supervisión consolidada es efectivamente un instituto de interés público, pues su finalidad es crear un entorno en el sistema financiero nacional que le otorgue mayor solidez y que logre asegurar en un porcentaje más alto la transparencia y el apego a la ley por parte de las diferentes entidades financieras que operan tanto dentro como fuera de nuestro país, por lo que es necesario ajustarse a este criterio, tomando en cuenta, además, que este tipo de fiscalización es uno de los principios esenciales para el buen funcionamiento de las entidades financieras, según lo ha expresado el Comité de Basilea.

³⁵⁷ República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Reformas de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica y a la Ley orgánica del sistema bancario nacional". Expediente 16 008. Proyecto de Ley.

En el proyecto de reforma a la Ley Orgánica del Banco Central se estipula:

*"Artículo 141.- Supervisión de grupos financieros. Es de interés público la regulación y supervisión consolidada de los grupos financieros, para lo cual se establece un órgano supervisor del grupo, con el fin de velar por la estabilidad, la solvencia y solidez del grupo financiero; **proteger a los ahorrantes e inversionistas y velar por el eficiente funcionamiento del Sistema Financiero...**"³⁵⁸ (Resaltado no es del original)*

La norma arriba expuesta refleja que la supervisión consolidada es un instituto de gran alcance, y como se resalta en el extracto, lo que se busca es proteger al sistema financiero, pero también a los ahorrantes e inversionistas, por lo que existe un interés público, y puede plantearse una excepción aquí al secreto bancario. Es decir, que si existe una obligación por parte de las entidades financieras de suministrar la totalidad de su información a organismos de supervisión no estamos en presencia de una transgresión a la confidencialidad; más bien, se apunta a resguardar aspectos que conciernen a todos los involucrados en la intermediación financiera, teniendo en cuenta, siempre, que tales datos no pueden ser de conocimiento público general, sino que han de ser suministrados exclusivamente para fines de supervisión.

Para estos efectos, el mismo proyecto de reforma cita:

"Artículo 146.- Supervisión Consolidada. Para efectuar una supervisión consolidada efectiva el órgano supervisor del grupo tendrá acceso a toda la información que requiera de cada una de las empresas integrantes del grupo o de las operaciones o transacciones que realicen las empresas del

³⁵⁸ República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Reformas de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica y a la Ley orgánica del sistema bancario nacional". Expediente 16 008. Proyecto de Ley, art. 141.

grupo, debiendo guardar la confidencialidad que para cada una de las empresas exige la Ley.³⁵⁹ (Resaltado no es del original)

Este proyecto de ley, que involucra reformas tanto a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica como a la Ley Orgánica del Sistema Financiero Nacional, se encuentra bien orientado por cuanto quiere sentar bases sólidas para llevar a cabo una supervisión consolidada, pero que, a su vez, invoca un marco de respeto al deber de confidencialidad. En resumen, la supervisión consolidada es un elemento esencial que debe estar presente dentro del sistema financiero; sin embargo, dado que este envuelve un manejo más amplio de información, deben fijarse estándares necesarios para mantener la confidencialidad y que tales datos no sean de conocimiento irrestricto para la colectividad.

Se puede definir este proyecto de ley como un avance significativo en cuanto a la conjunción de la supervisión consolidada y el deber de proteger la información que se tramita y pese a que tal iniciativa significa una mejora considerable en este campo, la crítica central radica en que actualmente no existen elementos suficientes para garantizar la armoniosa conjugación de tales elementos. Si bien es cierto, se vislumbra una reforma importante, estos esfuerzos aún no han sido concretados.

O- Necesidad de una mayor vinculación del deber de confidencialidad con el interés íntimo de los clientes como sujetos de derecho

Es imprescindible tener presente que el espíritu de las leyes va en función de resguardar tanto los derechos individuales como los colectivos.

La Constitución Política incluye un apartado de derechos y garantías individuales; así, por ejemplo, expresa:

³⁵⁹ República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Reformas de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica y a la Ley orgánica del sistema bancario nacional". Expediente 16 008. Proyecto de Ley, art. 146.

"Artículo 41.- 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 hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."³⁶⁰ (Resaltado no es del original)

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia señaló como elemento destacable que en este precepto "...se acude al vocablo "todos", con lo cual se hace referencia a toda persona, ya sea física o jurídica, pública o privada..."³⁶¹ ". Esto quiere decir que el Estado también se encuentra en obligación de brindar una protección a los sujetos en su ámbito individual y no exclusivamente a la colectividad.

Al estudiar la importancia del deber de confidencialidad, tanto la doctrina³⁶² como la jurisprudencia³⁶³, señalan como elemento central de éste que el secreto bancario es un dispositivo que se encarga de brindar seguridad y solidez al sistema financiero. Es decir, que en la actualidad existe una tendencia a vincular el deber de sigilo con el bienestar del sistema financiero, pues si no existe tal mecanismo, se pierde la confianza en el proceso de la intermediación financiera, y por ende podría inclusive colapsar el sector económico en general.

Entonces existe un ligamen entre el secreto bancario y la salud del sector económico, pero el vínculo entre el primero y la esfera moral de los individuos es una zona que ha venido captando menos la atención.

No queremos dar a entender que la normativa no considera el factor íntimo de los sujetos, pues inclusive nuestro Código Civil establece:

³⁶⁰ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2008). "Constitución Política". Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Edilec, art. 41.

³⁶¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (16:10 07-08-2002). "Voto N°606-02". San José, Costa Rica.

³⁶² Ver en ese sentido VERGARA BLANCO, Alejandro (1990) *El secreto bancario* y FIGUEROA CRUZ, Rudy Leonardo (2002) *El derecho de reserva en el sistema financiero costarricense* entre otros.

³⁶³ Ver en ese sentido voto N° Voto N°9855-05 de la Sala Constitucional.

"Artículo 59.- Se establece el derecho a obtener indemnización por daño moral, en los casos de lesión a los derechos de la personalidad.³⁶⁴"

El ordenamiento, como vemos, si ha inducido preceptos que tomen en cuenta la esfera más íntima³⁶⁵ y emocional de los individuos, sin embargo, sería acertado que exista una normativa orientada a asociar este sector íntimo con el secreto bancario.

Para aportar mayor claridad, esta crítica consiste en que una violación del secreto bancario puede concluir en una perturbación del estado anímico de un cliente, por lo que sería oportuno que la ley exprese tales repercusiones, esto por cuanto al realizar un estudio sobre el deber de confidencialidad. La importancia generalmente se resume en el bienestar del sistema financiero nacional e internacional, lo cual representa un interés público, dejando de lado el interés privado.

El presente aspecto es señalado, no como una deficiencia del ordenamiento, sino como una inquietud derivada de este estudio, pues como advertimos, el área intrínseca y emocional de los individuos también es un ámbito de competencia Estatal, y por ende es necesaria una regulación que deje entrever de manera clara tal protección. Se visualiza que la legislación no es suficientemente abundante y expresa, respecto de la tutela del marco individual, directamente relacionada con el secreto bancario. Para finalizar, se externa que resulta necesario que el ordenamiento establezca un mecanismo resarcitorio específico para aquellos supuestos en que el atropello del secreto bancario tenga como resultado una lesión la esfera íntima de un alguno de los clientes del sistema financiero.

³⁶⁴ REPÚBLICA DE COSTA RICA (2005). "Código civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., art. 59.

³⁶⁵ Ver WARREN, S Y BRANDEIS, L (1995). "El derecho a la intimidad".

P- Exclusión de la culpa en el delito de divulgación de secretos

En principio, el tipo penal aplicable en casos de transgresión del secreto bancario, se encuentra descrito a través del delito de divulgación de secretos³⁶⁶, y visto el estudio efectuado sobre los elementos subjetivos del tipo, se evidencia la ausencia de métodos punitivos en caso de que concurra el delito culposo. Es decir, que la aplicación de este tipo penal ocurre en la medida en que concurra el dolo como elemento del tipo. Entonces nos preguntamos, ¿es necesaria la presencia de un tipo penal que regule la comisión del delito culposo con ocasión de la transgresión del secreto bancario?

Las posiciones respecto a la respuesta de estas interrogantes pueden resultar variadas, pero luego de haber demostrado a través de múltiples elementos no solo la importancia, sino la necesidad de regular el manejo de información que deriva de las relaciones de intermediación financiera, resultaría oportuna una implementación de este tipo.

Como se ha visto en el análisis de la responsabilidad penal³⁶⁷, existen sanciones para funcionarios judiciales y policiales que por culpa permitan que se divulguen cierto tipo de informaciones. Entonces, es válido argumentar que vista la relevancia de la información financiera, podría sancionarse a través de un tipo penal culposo, que especifique la presencia de la culpa como uno de los elementos configuradores del delito de divulgación de secretos.

Ahora bien, llama la atención que el mencionado tipo penal especifica como elemento objetivo, que debe darse la divulgación en función de "*un secreto cuya divulgación pueda causar daño*", expresión que podría ser fuente de discrepancias, pues resulta ser un elemento abierto a interpretaciones. Evidentemente, la divulgación de información financiera, por sí misma, involucra un daño, pues quien revela cierta información a una entidad financiera lo hace por un sentido de confianza, y entonces su eventual divulgación acarrea un daño para el sector íntimo de los individuos. Pese a esto,

³⁶⁶ Véase supra p. 74.

³⁶⁷ Véase supra p. 78.

sería acertada la implementación de un tipo penal especial, que atienda de manera específica la información derivada de la intermediación financiera, pues se insiste en que el término genérico de secreto podría ocasionar confusiones o divergencias de opinión en la aplicación penal.

Por ejemplo, podría argumentarse que una información en particular, pese a ser obtenida a través de la intermediación financiera, no constituya un secreto, o bien que su divulgación no ocasione un daño, lo cual haría que la conducta no encuadre en el tipo.

Dado este planteamiento, es factible argumentar que un tipo penal, específico tanto en sus elementos objetivos como subjetivos, sería una respuesta adecuada en la necesidad de establecer lineamientos penales mejor constituidos a fin de resguardar el deber de confidencialidad acerca de las informaciones que se tramitan en la intermediación financiera.

TÍTULO V
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Capítulo I

Conclusiones

La necesidad de una regulación efectiva, encargada de dirimir el conflicto derivado de la confrontación entre el secreto bancario y el derecho a la información, queda debidamente fundamentada, y posterior a nuestro planteamiento, se obtienen las siguientes conclusiones generales:

- A- El secreto bancario es elemento esencial de la actividad de intermediación financiera, y como tal corresponde al Estado implementar las políticas suficientes que logren establecer los límites en el manejo de información confidencial, esto con el fin de otorgarle solidez al sistema económico en general y determinar una protección a la intimidad individual.
- B- El secreto bancario es un instituto jurídico de amplio alcance, pues se constituye como una modalidad del secreto profesional, pero incluye además toda la información proveniente de la intermediación financiera y actividades accesorias a esta, y no se circunscribe en exclusiva al entorno económico nacional, sino que trasciende fronteras y su figura no está supeditada a un campo limitado de acción.
- C- El derecho a la información también se constituye como un tema de interés colectivo, y dada su protección constitucional, es un derecho que debe ser garantizado a través de la legislación en general.
- D- Ambos institutos jurídicos mencionados, por sí mismos, involucran que en algún ámbito de su aplicación, traerán como resultado inmediato su enfrentamiento.
- E- El conflicto derivado de la confrontación de ambos institutos no cuenta con una legislación que regule las eventuales discrepancias ocurridas.

F- No existe una primacía de un instituto de estos sobre el otro, pues la importancia jurídica de ambos es indiscutible; por lo tanto, es necesaria la ejecución de un estudio complejo que faculte para determinar casos específicos en que prevalece, ya sea el derecho a la información o bien el secreto bancario.

La hipótesis de este trabajo consistió en demostrar que la normativa se encuentra desarticulada y dispersa, para que quedase manifiesta la necesidad de crear un bloque normativo bien definido que solviente las necesidades que conlleva la regulación, de este concepto.

Posterior a analizar el concepto de secreto bancario, y la problemática que deviene de éste con respecto a la aplicación del derecho a la información, se demostró de manera indudable que la normativa existente es deficiente, y es este factor principal el que se logra concluir a través del desarrollo del tema.

Lo más preocupante es que no existe un consenso definitivo sobre el tratamiento de esta problemática, es decir, si existiese una normativa consolidada, tales discrepancias sobre el manejo de información financiera podrían ser minimizadas en un alto porcentaje. Considero que tal dispersión y omisión normativa provienen a partir de los siguientes factores:

- El Derecho Bancario es una rama del derecho cuya regulación e identificación específica es tratada por algunos autores³⁶⁸ como una necesidad. Precisamente en Costa Rica, el Derecho Bancario, no ha llegado a esta fase de unificación e identificación, por lo tanto la normativa que lo regula se encuentra en igual sentido dispersa a través de la legislación mercantil y otras leyes y reglamentos, por lo que debe recurrirse a una integración exhaustiva del derecho para analizar los acontecimientos que se desprenden de éste.

³⁶⁸ Ver en ese sentido MADRIGAL BORLOZ, H et al (1995) "Supervisión de la intermediación financiera bancaria en Costa Rica. Análisis Jurídico" y CASTILLO INCERA, C y CASTRO PACHECHO, J (1997) "El contrato de depósito bancario". PACHECO ALFARO, F (1989) "La necesidad de un derecho bancario en Costa Rica", entre otros.

- La deficiencia normativa actual se trata de solucionar a nivel jurisprudencial, pues son las resoluciones judiciales las que han determinado un análisis conceptual y casuístico sobre las divergencias que ocurren por el enfrentamiento de estos institutos. Esto ocasiona que la implementación normativa no se observe como una necesidad inmediata, pues se trata de paliar estas insuficiencias a través de resoluciones judiciales, pese a que la jurisprudencia no implica un criterio constante sobre los procedimientos a efectuar en caso de una discordancia respecto a la administración de datos financieros.
- El crecimiento de la actividad financiera, su globalización y su amalgame al desarrollo de nuevas tecnologías hacen que la legislación vigente resulte obsoleta y en muchos casos inexistente, pues el crecimiento normativo no se ha equiparado a este incremento en la intermediación financiera. El nivel técnico de las actividades financieras tiene un crecimiento acelerado, no así el sector jurídico que se ocupa de regularlas.

Analizado esto, queda por ultimar que tales factores pueden ser superados a partir de un análisis intenso acerca del problema que nos ocupa, pues el conflicto ocurrido de la confrontación del secreto bancario y el derecho a la información, lejos de ser un evento ajeno de importancia, es un tema que compete a la realidad nacional e internacional y queda perfectamente demostrado que:

- En Costa Rica, la normativa encargada de regular la administración de datos financieros es deficiente.
- No solo compete a los clientes de las entidades financieras en la búsqueda de proteger su ámbito privado, sino que es un problema de interés público, pues afecta directamente el desempeño económico.

Dicho esto, y luego de todas las premisas que se han desprendido de este estudio, queda por establecer como una necesidad que ocurra a nivel

normativo un proceso más que reformista, de renovación integral, que logre entrelazar todas las necesidades expuestas, para garantizar que todos los elementos que forman parte de este manejo de información tengan un panorama claro, acerca del cuerpo legislativo que les regula, y que a la vez evite la lesión de los derechos aquí inmiscuidos.

En síntesis, se considera necesaria una armonía entre la normativa y la realidad financiera nacional, que no se adscriba simplemente a un discurso de índole político, sino que consiga efectivamente suplir las necesidades de la sociedad en general.

Capítulo II

Recomendaciones

Una de las principales carencias en la orientación de nuestra normativa, según mi criterio, radica en el método dividido que le da la legislación al secreto bancario, respecto al derecho a la información. En apartados anteriores consideramos la premisa de darle un tratamiento conjunto a partir de la premisa de "Administración Prudencial de la Información Derivada de la Intermediación Financiera y Servicios Conexos".

La recomendación central radica en esta concepción, ya que el secreto bancario, por sí mismo, implica un límite al derecho a la información y viceversa, por lo tanto, regular el deber de sigilo sin contemplar las atribuciones de investigar, recopilar y publicitar información resulta ser un punto débil en la legislación. Para exponer mejor este concepto, es preciso explicar que la regulación de esta problemática debe abarcar todos sus extremos.

Es necesaria la implementación de leyes que cubran todos los supuestos que puedan acontecer producto del enfrentamiento de estos institutos, para lo cual considero necesaria una conjunción de ambos institutos. Según mi criterio, tal adecuación normativa no puede hacerse a través de uno solo de estos derechos involucrados.

El problema no radica en la regulación del secreto bancario específicamente; tampoco podemos asegurar que la solución resulte de una mayor rigidez o flexibilidad en el derecho a la información. La problemática radica en el manejo de la información financiera en general; por ende, recorro a aportar como recomendación, y a utilizar una premisa más amplia:

"Administración prudencial de la información derivada de la intermediación
financiera y servicios conexos"

Este concepto resulta de mi interpretación general del estudio realizado, cuya propuesta morfológica no debe interpretarse como una conclusión impositiva, pues puede concebirse a través de diferentes percepciones, sin embargo, lo más importante es reflejar el contenido de tal premisa. A fin de lograr este cometido, otorgamos el objetivo central de esta apreciación, determinando una legislación a través de los siguientes elementos:

- Tener en cuenta todos los elementos involucrados en el flujo de información financiera: todos los sujetos activos y pasivos, transacciones de captación y colocación de capitales, así como todas las actividades accesorias a la intermediación financiera.

Es importante calificar el nivel de acceso informativo que pueden tener los diferentes funcionarios de las entidades financieras, inclusive determinar hasta dónde puede manejar información privilegiada las entidades supervisoras, así como explicar bien los fines de tal administración de la información, cuáles sujetos³⁶⁹ y en qué supuestos puede ocurrir el levantamiento del secreto bancario. Además, es importante ampliar y otorgar protección general a las transacciones de intermediación financiera, es decir, que la normativa exprese con claridad la confidencialidad que ostentan las actividades accesorias³⁷⁰ a la intermediación financiera.

- Incluir una apreciación técnica en la normativa respecto a todos los elementos tecnológicos involucrados actualmente y a futuro respecto a la tecnología de la información.

Es momento de que la legislación sea dirigida a resguardar el uso de elementos tecnológicos, para evitar su uso desmedido y garantizar una conducta diligente en cuanto a la protección de datos tramitados a través del uso de nuevas tecnologías.

- Determinar parámetros claros sobre cuál información se encuentra resguardada por un elemento de confidencialidad, y que de manera

³⁶⁹ Incluyendo aquí los múltiples sujetos tanto activos como pasivos.

³⁷⁰ Puede citarse aquí el pago automático de recibos, pago de planillas, cajas de seguridad, etc.

expresa se establezca hasta dónde es aplicable tal sigilo, que a su vez permita determinar en cuales casos especiales puede accederse a tales registros.

Es importante recurrir a una delimitación más específica a nivel legal, e inclusive a la taxatividad, lo cual puede ser un elemento necesario en ciertos casos, donde por ejemplo se determinen supuestos en los cuales prime el interés público en función de otorgar datos financieros.

- Adecuar el tratamiento de la información financiera a los criterios de supervisión consolidada, y al entorno económico mundial.

Debe establecerse una supervisión que observe los criterios económicos mundiales, que garantice la transparencia necesaria del sistema financiero, pero que a su vez aplique las restricciones justas que delineen un ámbito de protección a los datos de carácter privado.

- Realizar un entrelazado sistémico entre las diferentes ramas del derecho y la legislación encargada de regular el tratamiento de datos financieros.

La normativa debe estar integrada debe buscar una unidad de los aspectos más relevantes del derecho público y privado que tengan vestigios de uso de información financiera.

Entonces, considero que sistematizar la normativa acerca del secreto bancario específicamente, sin integrar a este instituto el derecho a la información de manera vinculada, no constituiría un avance significativo, pues el tratamiento que se le otorga a los datos financieros es a partir de la conjunción de ambos aspectos; por lo tanto, recomiendo una composición de ambos institutos que incluya los elementos determinantes de éstos para facilitar la labor tanto de funcionarios de las entidades como de los operadores del derecho, que logre una efectiva transparencia de la información en sectores de interés público pero que igualmente tutele de manera efectiva el ámbito privado que reviste este tipo de información.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

ARAUJO AGUILAR, Patricia et al (2002). "Signos al Infinito". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial de la Universidad de Costa Rica.

BRENES CÓRDOBA, Alberto (1990). "Tratado de las obligaciones". Sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro.

BRENES CÓRDOBA, Alberto (1985). "Tratado de los contratos". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Juricentro.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (2003). "Diccionario jurídico elemental". Argentina. Editorial Heliasta.

CENTRO DE ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN JUDICIAL PARA CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ. (1995). "Seminario de lavado de dinero y corrupción". Primera edición. El Salvador. Editorial Talleres de Mundo Gráfico de San José S.A.

CERRONI, Humberto (1981). "Introducción al pensamiento político". Décimo segunda edición. México. Editorial Siglo XXI.

DESANTES GUANTER, José María (1974). "La información como derecho". Madrid, España. Editora Nacional.

ESCOTO LEIVA, Roxana (2007). "Banca Comercial". Segunda reimpresión. San José, Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos (2001). "Derecho y persona: introducción a la teoría del derecho". Lima, Perú. Editorial Grijley.

LABANCA, Jorge Nicolás (1968). "El secreto bancario y otros estudios". Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo Perrot.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (1984). "El derecho a la información". Primera edición. México. Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A.

LORENZETTI, Ricardo (2004). "Tratado de los contratos: parte general". Primera edición. Santiago de Chile. Editorial Rubinzal-Culzoni.

MÉNDEZ RAMÍREZ, Odilón (1984). "La investigación científica en el Derecho". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

NOVOA MONREAL, Eduardo (1979). "Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos." Primera edición. México. Siglo Veintiuno Editores.

PÉREZ VARGAS, Víctor (1984). "Principios de responsabilidad civil extracontractual". Primera edición. San José, Costa Rica. INS.

PÉREZ VARGAS, Víctor (1988). "Derecho privado". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Publitex.

RIVERA VARELA, José (1997). "Banca Internacional". Cuarta edición. San José, Costa Rica. Editorial EUNED.

RUIZ GARCÍA, José Ramón (1988). "Secreto bancario y hacienda pública". Primera edición. Madrid. Editorial Civitas S.A.

SORIA SAIZ, Carlos (1987). "Derecho de la información: análisis de su concepto". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Dr. José Ma. Castro Madriz.

TAMAYO JARAMILLO, Javier (1889). "De la responsabilidad civil". Segunda edición. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1990). "El secreto bancario". Primera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

WARREN, Samuel Y BRANDEIS, Louis (1995). "El derecho a la intimidad". Primera edición. Madrid, España. Editorial Civitas, S.A.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1987). "Manual de derecho penal". Quinta edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ediar.

Trabajos finales de graduación

ALFARO ALFARO, Hellen et al (1999). "La legitimación de capitales provenientes del narcotráfico según el artículo 72 de la ley n° 7786 sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

AMADOR HASBUN, Sergio (2006). "El mandato y la representación en Costa Rica". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

BEVACQUA GONZÁLEZ, Mercedes et al (1981). "El precontrato". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

BOLAÑOS BELLIDO, Gabriela y QUESADA FLORES, Laura (2003) "Los criterios del Comité de Basilea y su aplicación en la legislación bancaria costarricense". Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

CASCANTE SOTO, José et al (1988). "El secreto bancario en el ordenamiento jurídico costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

CASTILLO INCERA, César y CASTRO PACHECHO, Juan (1997) "El contrato de depósito bancario". Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

CASTILLO MURILLO, Hellen y QUINTANILLA ESQUIVEL, Marlon (2003) "Análisis teórico y político criminal de las implicaciones jurídico penales del delito de legitimación de capitales provenientes de actividades ilícitas, con énfasis en narcotráfico". Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

CASTRO DOBLES, Marisol (1983). "El cuasicontrato como fuente de obligaciones". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

CASTRO SANCHO, Laureano (1984) "Establecimiento de una Banca Internacional en Costa Rica". Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

FIGUEROA CRUZ, Rudy Leonardo (2002). "El derecho de reserva en el sistema financiero costarricense". Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

FREER CHANG, Gabriela y MARTÍNEZ RIVERA, Gil (2008) "Propuesta para la determinación de controles de ingreso y salida de dólares americanos en efectivo y la implementación de indicadores financieros como medida para controlar el lavado de dinero". Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

GARBANZO BLANCO, Carlos Federico (2000). "Características principales de los paraísos fiscales y determinación de estas en el ordenamiento jurídico costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

GÓMEZ QUESADA, Yendri Isabel (2008). "El delito intermediación financiera no autorizada y la importancia de su regulación en la legislación penal costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

LEE MOLINA, María del Rocío et al (1992). "El lavado de dinero producto del narcotráfico". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

MADRIGAL BORLOZ, Víctor et al (1995). "Supervisión de la intermediación financiera bancaria en Costa Rica. Análisis Jurídico". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

MADRIZ VARGAS, Carmen (2002). "Persecución penal de los delitos informáticos". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

MARTÍNEZ RIVERA, Rodó (1998). "La informática en el secreto bancario". Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

MÉNDEZ ROSALES, William y ORTIZ ÁLVAREZ, Randolph (1996) "Estudio sobre la Comisión para Promover la Competencia y la Comisión Nacional del Consumidor". Tesis para optar por el grado de Licenciados en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

MONTOYA ÁLVAREZ, Vladimir Leonel (2003). "Libre acceso a los departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

PACHECO ALFARO, Fernán (1989) "La necesidad de un derecho bancario en Costa Rica". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

PORRAS GONZÁLEZ, Edgar (1984). "La libertad de expresión en los medios de comunicación social". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

RAMÓS SIBAJA, Evans (2003). "La banca internacional como escudo fiscal, su regulación y supervisión en el ordenamiento jurídico costarricense". Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

ROJAS SOTO, Cristina y MONTERO VILLALOBOS, Patricia (1989) "La banca offshore". Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

SÁENZ MEDERAS, Andrea (2001). "El derecho a la intimidad frente al derecho a la información". Tesis para optar por el Grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

VARGAS ARAYA, Cristian Miguel (1999). "Títulos valores en materia de bienes gananciales". Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. Sede Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Normativa y Legislación

Organización de Naciones Unidas (1988). "Declaración Universal de Derechos Humanos." Primera edición. San José, Costa Rica. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

República de Costa Rica (2008). "Constitución Política." Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec.

República de Costa Rica (2000). "Ley que regula el registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones." Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2003). "Compendio de legislación financiera costarricense." Compilado Arias Alpizar, Luz y Abarca Hernández, Oriester.

República de Costa Rica (1991). "Código de Comercio." Octava edición. San José, Costa Rica. Editorial Porvenir.

República de Costa Rica (2005). "Código de la niñez y la adolescencia." Sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2005). "Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas." Tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec.

República de Costa Rica (2005). "Código procesal penal." Décima edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2006). "Ley de la jurisdicción constitucional." Novena edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2008). "Ley general de la administración pública". Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec.

República de Costa Rica (2005). "Código Penal". Décimo sexta edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2004). "Código procesal civil". Décima edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2005). "Código Civil". Décimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (1976). "Ley Orgánica del Colegio de Periodistas: su reglamento y leyes conexas". San José, Costa Rica. Imprenta Nacional.

República de Costa Rica (2001). "Ley constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social". San José, Costa Rica. Caja Costarricense del Seguro Social.

República de Costa Rica (2006). "Código de Trabajo". Vigésimo tercera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (1998). "Ley General de la Administración Pública". Quinta edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec.

República de Costa Rica (2004). "Código de Familia". Décimo segunda edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2003). "Código de Normas y Procedimientos Tributarios". Décimo primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2005). "Ley contra la violencia doméstica". Séptima edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica (2000). "Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Código Electoral".

República de Costa Rica (2005). "Ley orgánica de la Contraloría General de la República". Primera edición. San José, Costa Rica. Editorial Editec.

Jurisprudencia

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (11:25 26-03-2009.). "Voto N°300-09". San José, Costa Rica.

Tribunal Segundo Civil (11:50 13-03-2009.). "Voto N°166-09". San José, Costa Rica.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (09:40 16-01-2009.). "Voto N°35-09". San José, Costa Rica.

Tribunal de Familia (10:50 27-11-2008). "Voto N° 2105-08". San José, Costa Rica.

Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. Sección décima. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea. (15:30 10-10-2008). "Voto N°24-08". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:58 05-09-2008). "Voto N°13658-08". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (13:06 29-08-2008.). "Voto N°13303-08". San José, Costa Rica.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (08:45 25-07-2008.). "Voto N°596-08". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:53 19-06-2008.). "Voto N°10268-08". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (16:39 29-01-2008). "Voto N°1410-08". San José, Costa Rica.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (16:15 20-12-2007). "Voto N° 1501-07". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:35 07-02-2007). "Voto N°1556-07". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:45 02-02-2007.). "Voto N°1455-07". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (12:57 19-01-2007). "Voto N°726-07". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (09:02 02-06-2006.). "Voto N°7999-06". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:43 01-03-2006). "Voto N°2874-03". San José, Costa Rica.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (09:00 24-02-2006.). "Voto N°148-06". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (09:15 29-07-2005). "Voto N°9855-05". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (10:17 11-03-2005). "Voto N°2703-05". San José, Costa Rica.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (10:10 17-12-2004). "Voto N°01422-04". San José, Costa Rica.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (11:50 05-08-2004). "Voto N°654-04". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (12:53 13-02-2004). "Voto N°01583-04". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:04 14-12-2004). "Voto N°14201-04". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (16:13 31-03-2004). "Voto N°3407-04". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (08:49 11-07-2003). "Voto N°6908-03". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:07 03-06-2003). "Voto N°6315-03". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:11 02-05-2003). "Voto N°3489-03". San José, Costa Rica.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (16:10 07-08-2002). "Voto N°606-02". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:03 12-07-2002). "Voto N°6973-02". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:54 21-12-2001). "Voto N°13283-01". San José, Costa Rica.

Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia (09:40 26-11-1999.). "Voto N°365-99". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (16:30 21-09-1999). "Voto N°7326-99". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:36 27-07-1999). "Voto N°5802-99". San José, Costa Rica.

Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda (09:10 20-10-1998). "Voto N° 347-98". San José, Costa Rica.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (14:55 11-10-1995). "Voto N°109-95". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (11:45 16-09-1994). "Voto N°5376-94". San José, Costa Rica.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (15:30 30-11-1993). "Voto N°80-93". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:24 01-07-1993). "Voto N°2305-93". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (10:45 28-02-1992.). "Voto N°578-92". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (14:16 27-03-1991). "Voto N°678-91". San José, Costa Rica.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (14:20 09-11-1990.). "Voto N°320-90". San José, Costa Rica.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (15:30 09-10-1990). "Voto N° 1261-90", San José, Costa Rica.

Dictámenes: Procuraduría General de la República

Procuraduría General de la República (1994). "Dictamen 26 del 30-01-2008".
San José, Costa Rica.

Procuraduría General de la República (1994). "Dictamen 320 del 06-09-2005".
San José, Costa Rica.

Procuraduría General de la República (1994). "Dictamen 148 del 12-09-1994".
San José, Costa Rica.

Procuraduría General de la República (2002). "Dictamen 61 del 25-02-2002".
San José, Costa Rica.

Circulares

Banco Nacional de Costa Rica. "Circular DCTO-035-2003", 24 de junio de 2003.

Superintendencia General de Entidades Financieras. "Circular SUGEF 012-2006".
31 de mayo de 2006.

Fuentes electrónicas

Banco Popular y de Desarrollo Comunal (2009). <<https://www.popularenlinea.fi.cr/bpop>>. [Consulta: 4 mayo 2009].

Banco de Costa Rica (2009). <<http://www.bancobcr.com>>. [Consulta: 4 mayo 2009].

TELETEC S.A (2008). <<http://www.infocredito.com>>. [Consulta: 7 octubre 2008].

Periódico La Nación. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 9 de febrero de 2008 [Consulta: 12 octubre 2008].

Periódico La Nación. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 17 de setiembre de 2003 [Consulta: 30 octubre. 2008].

Periódico La Nación. (2008). <<http://www.nacion.com>>. La Nación Digital del 15 de febrero de 2008 [Consulta: 3 junio 2009].

Programa Estado de la Nación. (1994). <<http://www.estadonacion.or.cr>>. La ciudadanía tiene libre acceso a medios eficaces para prevenir y sancionar la corrupción en la esfera pública. Sergio Vinocour. Informe Final de Consultoría. Análisis Jurídico. Marzo de 2000 [Consulta: 30 octubre 2008].

Banco Central de Costa Rica. (2008). <http://www.bccr.fi.cr/flat/bccr_flat.htm.com>. Reglamento autónomo de servicios del Banco Central de Costa Rica [Consulta: 15 noviembre 2008].

Organización de Estados Americanos. (2009). http://www.oas.org/juridico/MLA/sp/per/sp_per_Con_NNUU_con_tr%C3%A1il%C3%ADc_estu.pdf.

Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas [Consulta: 30 marzo 2009].

Centro de Información de la Organización de Naciones Unidas (2008). <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) [Consulta: 30 octubre 2008].

G-20. (2009). <http://www.g20.org>. Página Oficial G-20. [Consulta: 01 Junio 2009].

Asociación Bancaria Nacional (2009). <http://www.abc.fi.cr>. [Consulta: 01 marzo 2009].

Superintendencia de Pensiones de Costa Rica (2009). www.supen.fi.cr. Ley de Protección al Trabajador (Ley 7983). [Consulta: 01 marzo 2009].

Superintendencia de Pensiones de Costa Rica (2009). www.supen.fi.cr. Ley del Régimen Privado de Pensiones Complementarias (Ley 7523). [Consulta: 01 marzo 2009].

Contraloría General de la República de Costa Rica (2009). <http://www.cgr.go.cr>. Ley General de Control Interno (Ley 8292). [Consulta: 01 marzo 2009].

Procuraduría General de la República de Costa Rica (2009). <http://www.pgr.go.cr>. Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (Ley 4351). [Consulta: 01 marzo 2009].

Banco Hipotecario de la Vivienda (2009). <http://www.banhvi.fi.cr>. Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda. [Consulta: 01 marzo 2009].

Agencia de la Organización de Naciones Unidas para los refugiados ACNUR (2009). [<http://www.acnur.org/>](http://www.acnur.org/). Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional. [Consulta: 10 agosto 2009].

Asamblea Legislativa de Costa Rica. (2009). [http://www.asamblea.go.cr/BIBLIO/glin/trabajo%20cuarta%20jornada/HABEAS%20DATA%20-%20NOV. %202005. pdf](http://www.asamblea.go.cr/BIBLIO/glin/trabajo%20cuarta%20jornada/HABEAS%20DATA%20-%20NOV.%202005.pdf)>. Documento del grupo de trabajo de la iniciativa Global Legal Information Network Américas del Banco ID. Protección de la privacidad y de los datos personales Habeas Data. [Consulta: 22 octubre 2009]

Proyectos de ley

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Reformas de la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica y a la Ley orgánica del sistema bancario nacional". Expediente 16 008. Proyecto de ley.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa (2009). "Regulación del mercado de tarjetas de crédito y débito en Costa Rica". Expediente 15 991. Proyecto de ley.

ANEXOS

ANEXO 1

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA

PRINCIPIOS BÁSICOS PARA UNA SUPERVISIÓN BANCARIA EFICAZ

COMITÉ DE SUPERVISIÓN BANCARIA DE BASILEA
PRINCIPIOS BÁSICOS PARA UNA SUPERVISIÓN BANCARIA EFICAZ

- **Principio 1 – Objetivos, independencia, potestades, transparencia y cooperación:** todo sistema eficaz de supervisión bancaria debe contar con atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de los bancos. Cada una de ellas deberá contar con independencia operativa, procesos transparentes, un buen gobierno corporativo y recursos adecuados, y deberá hacerse responsable del desempeño de sus funciones. También ha de existir un marco jurídico apropiado para la supervisión bancaria, con normas relativas a la autorización de las instituciones bancarias y a su supervisión continua, potestades para asegurar el cumplimiento de la ley así como la seguridad y solidez, y protección legal para los supervisores. Debe haber mecanismos para el intercambio de información entre los supervisores que permitan preservar el carácter confidencial de la misma.
- **Principio 2 – Actividades permitidas:** deben definirse claramente las actividades que pueden desarrollar las entidades autorizadas a operar como bancos y sujetas a supervisión, y debe controlarse en la medida de lo posible el uso de la palabra “banco” como razón social.
- **Principio 3 – Criterios para la concesión de licencias:** la autoridad encargada de conceder las licencias debe tener potestad para fijar criterios y rechazar las solicitudes que no cumplan con las normas establecidas. Como mínimo, el proceso de autorización debe evaluar la estructura de propiedad y el buen gobierno del banco y del grupo al que pertenece, incluyendo la adecuación e idoneidad de sus consejeros y altos directivos, su plan estratégico y operativo, sus controles internos y gestión del riesgo, así como la evolución prevista de su situación financiera, incluida su base de capital. Cuando el propietario u organismo matriz del banco propuesto sea extranjero, deberá obtenerse el consentimiento previo del supervisor del país de origen.
- **Principio 4 – Cambio de titularidad de participaciones significativas:** el supervisor tiene potestad para examinar y rechazar propuestas para transferir participaciones significativas o de control, tanto si se poseen de modo directo como indirecto, en bancos existentes.
- **Principio 5 – Adquisiciones sustanciales:** el supervisor tiene potestad para analizar, basándose en criterios prescritos, las adquisiciones o inversiones sustanciales que realice un banco, incluida la realización de operaciones transfronterizas, para confirmar que la estructura del grupo o de la empresa no expone al banco a riesgos innecesarios ni obstaculiza la supervisión eficaz.
- **Principio 6 – Suficiencia de capital:** el supervisor debe imponer a los bancos requerimientos mínimos de capital que reflejen los riesgos que éstos asumen y debe definir los componentes del capital teniendo en cuenta la capacidad de éstos para absorber pérdidas. Al menos en el caso de bancos con actividad internacional, estos requerimientos no

pueden ser inferiores a los que establece el Acuerdo de Basilea aplicable.

- **Principio 7 – Proceso para la gestión del riesgo:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos y grupos bancarios cuentan con un proceso integral de gestión de riesgos (que incluya la vigilancia por el Consejo y la alta dirección) para identificar, evaluar, vigilar y controlar o mitigar todos los riesgos sustanciales y para evaluar su suficiencia de capital global con respecto a su perfil de riesgo. Estos procesos han de ser proporcionales a las dimensiones y complejidad de la institución.
- **Principio 8 – Riesgo de crédito:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con un proceso para la gestión del riesgo de crédito que incorpore el perfil de riesgo de la institución, con políticas y procesos prudenciales para identificar, calcular, vigilar y controlar el riesgo de crédito (incluido el riesgo de contraparte). Esto incluiría la concesión de préstamos y la realización de inversiones, la evaluación de la calidad de todos ellos y la gestión continua de las carteras crediticia y de inversión.
- **Principio 9 – Activos dudosos, provisiones y reservas:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos establecen y cumplen políticas, prácticas y procedimientos adecuados para gestionar activos dudosos y para evaluar la suficiencia de sus provisiones y reservas.
- **Principio 10 – Límites de exposición a grandes riesgos:** los supervisores deben tener constancia de que el banco cuenta con políticas y procesos que permitan a la dirección identificar y gestionar las concentraciones en el seno de la cartera, y también deben fijar límites prudenciales que restrinjan las posiciones del banco frente a una misma contraparte o grupo de contrapartes vinculadas.
- **Principio 11 – Posiciones con partes vinculadas:** a fin de evitar abusos al mantener posiciones (tanto dentro como fuera de balance) con partes vinculadas y para resolver cualquier conflicto de intereses, los supervisores deben establecer requisitos para que aquellos bancos que mantienen posiciones con personas físicas o jurídicas vinculadas lo hagan con total imparcialidad, que dichas posiciones puedan ser controladas eficazmente, que se adopten medidas para controlar o mitigar riesgos, y que el reconocimiento contable de pérdidas en dichas posiciones se realice con políticas y procesos estándar.
- **Principio 12 – Riesgo país y riesgo de transferencia:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados para identificar, cuantificar, vigilar y controlar el riesgo país y el riesgo de transferencia en sus préstamos e inversiones internacionales, y para mantener un nivel de reservas adecuado para dichos riesgos.
- **Principio 13 – Riesgos de mercado:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos para identificar, cuantificar, vigilar y controlar con precisión los riesgos de

mercado; los supervisores deben tener potestad para imponer límites y/o exigencias de capital específicos para las exposiciones al riesgo de mercado, cuando esté justificado.

- **Principio 14 – Riesgo de liquidez:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con una estrategia para gestionar el riesgo de liquidez que incorpora el perfil de crédito de la institución, con políticas y procesos prudenciales para identificar, cuantificar, vigilar y controlar el riesgo de liquidez y para poder gestionar diariamente la liquidez. Los supervisores exigen que los bancos cuenten con planes de contingencia para afrontar problemas de liquidez.
- **Principio 15 – Riesgo operacional:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos de gestión de riesgos para identificar, evaluar, vigilar y controlar/mitigar el riesgo operacional. Estas políticas y procesos han de ser proporcionales a las dimensiones y complejidad del banco en cuestión.
- **Principio 16 – Riesgo de tipos de interés en la cartera de inversión:** los supervisores han de tener constancia de que el banco cuenta con sistemas eficaces para identificar, cuantificar, vigilar y controlar el riesgo de tipos de interés en la cartera bancaria, incluyendo una estrategia bien definida aprobada por el Consejo y puesta en práctica por la alta dirección, proporcional al tamaño y complejidad de dicho riesgo.
- **Principio 17: Control y auditoría internos:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con controles internos acordes al tamaño y complejidad de su actividad. Dichos controles deben incluir normas claras sobre delegación de autoridad y responsabilidades; segregación de las funciones que implican el compromiso del banco, el desembolso de sus fondos y la contabilidad de sus activos y pasivos; conciliación de estos procesos; protección de los activos del banco; y funciones independientes de auditoría interna y de cumplimiento para comprobar la observancia de estos controles, así como de la legislación y regulación aplicables.
- **Principios 18: Utilización abusiva de servicios financieros:** los supervisores deben tener constancia de que los bancos cuentan con políticas y procesos adecuados, incluyendo normas estrictas sobre el conocimiento de la clientela ("know-your-customer" o KYC), que promuevan normas éticas y profesionales de alto nivel en el sector financiero e impidan que el banco sea utilizado, intencionalmente o no, con fines delictivos.
- **Principio 19 – Enfoque supervisor:** un sistema eficaz de supervisión bancaria exige que el supervisor desarrolle y mantenga un profundo conocimiento sobre las operaciones de los bancos por separado y de los grupos bancarios, así como del sistema bancario en su conjunto, centrándose en la seguridad y solidez y en la estabilidad del sistema bancario.

- **Principio 20 – Técnicas de supervisión:** un sistema eficaz de supervisión bancaria debe incluir tanto supervisión in situ como a distancia, además de contactos periódicos con la gerencia del banco.
- **Principio 21 – Informes de supervisión:** los supervisores deben contar con los medios necesarios para obtener, revisar y analizar los informes prudenciales y estadísticos de los bancos, tanto a título individual como en base consolidada, con el fin de verificarlos independientemente, ya sea a través de inspecciones in situ o con la ayuda de expertos externos.
- **Principio 22 – Contabilidad y divulgación:** los supervisores deben tener constancia de que cada banco mantiene registros adecuados conforme a las políticas y prácticas contables ampliamente aceptadas internacionalmente y que publica con regularidad información que refleja razonablemente su situación financiera y su rentabilidad.
- **Principio 23 – Potestades correctivas del supervisor:** los supervisores deben contar con una gama adecuada de herramientas de supervisión que les permita aplicar medidas correctivas oportunas. Esto incluye la capacidad de revocar, cuando sea necesario, licencias bancarias o recomendar su revocación.
- **Principio 24 – Supervisión consolidada:** para la supervisión bancaria resulta esencial que los supervisores lleven a cabo su labor en base consolidada para todo el grupo bancario, realizando un adecuado seguimiento y, cuando corresponda, aplicando normas prudenciales a todos los aspectos de las actividades que el grupo realiza a escala mundial.
- **Principio 25 – Relación entre el supervisor de origen y el de destino:** la supervisión transfronteriza consolidada exige la cooperación y el intercambio de información entre los supervisores del país de origen y aquellos otros con competencias dentro del grupo bancario, en especial las autoridades de supervisión del país de acogida. Los supervisores bancarios deben exigir que las operaciones locales de bancos extranjeros se lleven a cabo en virtud de las mismas normas que se aplican a las entidades locales.

ANEXO 2
ACUERDO SUGEF 14-09
REGLAMENTO SOBRE LA GESTIÓN DE LA TECNOLOGÍA DE LA
INFORMACIÓN



**CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISIÓN
DEL SISTEMA FINANCIERO
CONASSIF**



Acuerdo SUGEF 14-09

**REGLAMENTO SOBRE LA GESTIÓN DE LA TECNOLOGIA DE
INFORMACION**

**APROBADO POR EL CONSEJO NACIONAL DE SUPERVISIÓN DEL
SISTEMA FINANCIERO, MEDIANTE ARTÍCULO 6 DEL ACTA DE LA
SESIÓN 773-2009**

**CELEBRADA EL 20 DE FEBRERO DEL 2009.
PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL "LA
GACETA" 50
DEL 12 DE MARZO DEL
2009.**

ACUERDO SUGEF 14-09

REGLAMENTO SOBRE LA GESTIÓN DE LA TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN

CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto

Este reglamento tiene por objeto la definición de los criterios y metodología para la evaluación y calificación de la gestión de la tecnología de información (TI).

Artículo 2. Alcance

Las disposiciones establecidas en este reglamento son aplicables a las entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras (en adelante la "SUGEF") y al Sistema Nacional de Pagos Electrónicos (SINPE).

Artículo 3. Definiciones

Para los propósitos de este reglamento se entiende como:

- a) **Autenticación:** Conjunto de técnicas y procedimientos utilizados para verificar la identidad y autorización de clientes.
- b) **Autoridad equivalente:** Órgano directivo equivalente a la Junta Directiva en sus funciones, según la naturaleza jurídica de la entidad; por ejemplo: Consejo de Administración para las cooperativas de ahorro y crédito y Directorio para las asociaciones mutualistas.
- c) **Banca electrónica:** Servicios bancarios suministrados a través de medios electrónicos.
- d) **Cobit®:** Marco de referencia de buenas prácticas para el control de TI. Acrónimo en inglés de Objetivos de Control para la Información y la Tecnología Relacionada, emitido por el IT Governance Institute®.
- e) **Director:** Cualquier persona física integrante de una junta directiva, de un consejo de administración o de cualquier otro órgano directivo equivalente en sus funciones a los dos primeros.
- f) **Dominio:** Cada una de las áreas lógicas del ciclo de gestión de TI, utilizadas por Cobit® para agrupar los procesos y objetivos de control. Los cuatro dominios son: Planear y Organizar (PO), Adquirir e Implementar (AI), Entregar y Dar Soporte (DS), y Monitorear y Evaluar (ME).
- g) **Auditor de TI:** Miembro de una firma o despacho o profesional independiente, calificado para ejecutar auditorías en materia de TI conforme los requisitos dispuestos en este reglamento.
- h) **Gestión de la tecnología de información:** Estructura de relaciones y procesos diseñados y ejecutados para dirigir y controlar la tecnología de información, sus riesgos asociados y su vinculación con las estrategias y objetivos del negocio.
- i) **Hallazgo:** Se refiere a las debilidades, deficiencias o brechas apreciables respecto a un criterio o estándar previamente definido.
- j) **Nivel de madurez:** Cada uno de los grados de desarrollo alcanzado en cada uno de los procesos Cobit®.

Los cinco niveles de madurez son:

1. **Inicial:** Los procesos son ad-hoc y desorganizados.
2. **Repetible:** Los procesos siguen un patrón regular.

3. Definido: Los procesos se documentan y se comunican.
 4. Administrado: Los procesos se monitorean y se miden.
 5. Optimizado: Las mejores prácticas se siguen y se automatizan.
- k) Perfil tecnológico: Descripción de la estructura organizacional, los procesos y la infraestructura de TI de la entidad, así como del nivel de automatización de sus procesos de negocio y de gestión del riesgo.
- l) Proceso: Cadena de actividades que agregan valor y permiten la generación de un producto o servicio bajo determinadas condiciones y plazo.
- m) Proveedor de tecnologías de información: Persona física o jurídica que provee o presta un servicio relacionado con la tecnología de información, sea independiente o que pertenezca al mismo grupo o conglomerado financiero, incluyendo las casas matrices.
- n) Riesgo de TI: Posibilidad de pérdidas financieras derivadas de un evento relacionado con el acceso o uso de la tecnología, que afecta el desarrollo de los procesos del negocio y la gestión de riesgos de la entidad, al atentar contra la confidencialidad, integridad, disponibilidad, eficiencia, confiabilidad y oportunidad de la información.
- o) Tecnología de información (TI): Conjunto de técnicas que permiten la captura, almacenamiento, transformación, transmisión y presentación de la información generada o recibida a partir de procesos, de manera que pueda ser organizada y utilizada en forma consistente y comprensible por los usuarios que estén relacionados con ella. Incluye elementos de hardware, software, telecomunicaciones y conectividad.
- p) Trabajo para atestiguar: Labor ejecutada por un auditor que tiene por objeto expresar una conclusión sobre el resultado de la auditoría de los procesos del marco para la gestión de TI.

Artículo 4. Lineamientos Generales

El Superintendente emitirá, mediante resolución razonada, los contenidos del Perfil Tecnológico de las entidades, las condiciones para la ejecución de la auditoría externa y el formato del Plan Correctivo-Preventivo dispuestos en este reglamento y otorgará un plazo prudencial para su aplicación.

CAPITULO II GESTIÓN DE LA TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN

Artículo 5. Objetivos de la Gestión de TI

La gestión de la tecnología de información, debe orientarse al cumplimiento de los siguientes objetivos:

- a) Alineación Estratégica: La TI es congruente con las estrategias y objetivos de la entidad.
- b) Administración del Riesgo de TI: Los riesgos relacionados con TI son conocidos y administrados.
- c) Entrega de Valor: La TI contribuye en la consecución de los beneficios esperados, eficiencia, productividad y competitividad de la entidad.
- d) Gestión de Recursos: La inversión en TI se ajusta a las necesidades de la entidad y es administrada adecuadamente.
- e) Medición del Desempeño de TI: El desempeño de TI es medido y sus resultados son utilizados para la toma de decisiones.

Artículo 6. Marco para la Gestión de TI

La entidad debe diseñar, implementar y mantener un marco para la gestión de

la tecnología de información.

El marco para la gestión de TI debe ser congruente con el perfil tecnológico de la entidad, la naturaleza y la complejidad de sus operaciones.

Sin detrimento de lo anterior, el marco para la gestión de TI debe incluir al menos los procesos identificados como obligatorios en el anexo 1 de este reglamento.

La entidad que contrate parte o la totalidad de sus procesos a proveedores locales o extranjeros de tecnologías de información deben incluir obligatoriamente el proceso DS2 "Administrar los servicios de terceros" dentro de su marco para la gestión de TI.

En el anexo 1 se muestra la categorización de los 34 procesos que integran la versión de Cobit® y su clasificación para efectos de este artículo.

Artículo 7. Comité de TI y funciones

Cada entidad debe designar un Comité de Tecnología de Información (Comité de TI), el cual debe contar con un reglamento interno de funcionamiento formalmente aprobado. Dicho comité de TI es una instancia asesora y de coordinación en temas de tecnología y su gestión.

El comité responde a la Junta Directiva o autoridad equivalente y le corresponde entre otras funciones, las siguientes:

- a) Asesorar en la formulación del plan estratégico de TI.
- b) Proponer las políticas generales sobre TI.
- c) Revisar periódicamente el marco para la gestión de TI.
- d) Proponer los niveles de tolerancia al riesgo de TI en congruencia con el perfil tecnológico de la entidad.
- e) Presentar al menos semestralmente o cuando las circunstancias así lo ameriten, un reporte sobre el impacto de los riesgos asociados a TI.
- f) Monitorear que la alta gerencia tome medidas para gestionar el riesgo de TI en forma consistente con las estrategias y políticas y que cuenta con los recursos necesarios para esos efectos.
- g) Recomendar las prioridades para las inversiones en TI.
- h) Proponer el Plan Correctivo-Preventivo derivado de la auditoría y supervisión externa de la gestión de TI.
- i) Dar seguimiento a las acciones contenidas en el Plan Correctivo-Preventivo.

Artículo 8 Integración y operación del Comité de TI

El Comité de TI estará integrado al menos por:

- a) Un director propietario.
- b) El gerente general de la entidad.
- c) El responsable del área informática.
- d) El responsable de la función de Riesgos.

El Comité será presidido, de forma permanente, por alguno de sus miembros. Cada miembro tiene derecho a voz y voto y serán responsables de cumplir a cabalidad las funciones encomendadas por este reglamento y las definidas por la Junta Directiva o autoridad equivalente.

El Comité de TI podrá contar con la participación de los responsables de las áreas de negocio de la entidad y con asesores externos a la organización cuando lo considere

necesario.

El Comité de TI deberá reunirse con la periodicidad que estime pertinente para el cumplimiento de sus fines y todas las sesiones y acuerdos deberán hacerse constar en actas debidamente detalladas, suscritas por los miembros asistentes.

CAPITULO III EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN DE TI

Artículo 9. Marco Referencial

La evaluación de la Gestión de TI se basará en el marco conceptual de la versión 4.0 de Cobit®, considerando sus cuatro dominios: Planear y Organizar, Adquirir e Implementar, Entregar y Dar Soporte, y Monitorear y Evaluar.

Artículo 10. Perfil Tecnológico

La entidad debe completar el formulario de perfil tecnológico y remitirlo a la SUGEF en la forma y medio que le sea requerido por ésta, en los primeros diez días hábiles del mes de junio de cada año.

El incumplimiento de la remisión del perfil tecnológico, dentro del plazo establecido, será considerado como una negativa a proporcionar información a la Superintendencia, y será sancionado según el artículo 155 inciso a) aparte iii), de la ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica .

Artículo 11 Revisión externa independiente

La entidad deberá someterse a una auditoría externa de los procesos que integran el marco para la gestión de TI por parte de un auditor, cuando menos cada dos años.

La SUGEF comunicará a la entidad la fecha de remisión de los productos de la auditoría con una anticipación de por lo menos 9 meses.

Artículo 12. Alcance de la auditoría externa de TI

La auditoría externa de TI abarca los procesos contemplados en el marco para la gestión de TI dispuesto conforme el artículo 6 de este reglamento.

Artículo 13. Directrices respecto a la auditoría externa de TI

La auditoría externa de TI se rige por las disposiciones establecidas en las Normas Internacionales de Auditoría, específicamente por el Marco de referencia Internacional para Trabajos para Atestiguar y la Norma Internacional de Trabajos para Atestiguar (NITA 3000), emitidos por el Consejo de Normas Internacionales de Auditoría y Atestiguamiento (The International Auditing and Assurance Standards Board -IAASB-, en inglés).

Las condiciones para la ejecución de la auditoría externa de TI se establecen por el Superintendente conforme artículo 4 de este reglamento.

El representante legal de la entidad supervisada deberá rendir una declaración jurada, donde manifieste que verificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 19 de este reglamento. La declaración debe ser remitida a la SUGEF dentro de los diez días hábiles posteriores a la designación del auditor externo. La SUGEF podrá comprobar el cumplimiento de los requisitos por parte del auditor, cuando lo estime pertinente.

En el caso de que la entidad sustituya al auditor contratado, la entidad deberá comunicarlo a la SUGEF en un plazo no mayor de cinco días hábiles después de

concretarse la sustitución, detallando las causas de la situación.

Artículo 14. Comunicado sobre la Gestión de TI y Plan Correctivo-Preventivo

La SUGEF remitirá a la entidad un informe con los principales hallazgos y la calificación sobre la gestión de TI, en el plazo de veinte días hábiles, posteriores a la recepción de los productos de la auditoría externa.

Cuando corresponda, la SUGEF requerirá a la entidad un Plan Correctivo-Preventivo, el cual deberá presentarse a la SUGEF, en un plazo máximo de veinte días hábiles, contados a partir del día siguiente al recibo del comunicado; dicho plazo podrá prorrogarse, previa solicitud de la entidad, hasta por la mitad del plazo dispuesto.

El formato para la presentación del Plan Correctivo-Preventivo se establece por el Superintendente conforme artículo 4 de este reglamento.

Artículo 15. Calificación sobre la Gestión de TI

La SUGEF emitirá una calificación sobre la gestión de TI para cada entidad, calculada a partir de los resultados de la auditoría externa.

La calificación sobre la gestión de TI corresponderá a uno de los siguientes niveles:

La	Nive
Mayor o igual que 85%	Normal
Mayor o igual que 70% y menor que	Irregularidad 1
Mayor o igual que 55% y menor que	Irregularidad 2
Menor que 55%	Irregularidad 3

Dicha calificación será considerada para juzgar la situación económica-financiera de la entidad conforme el reglamento respectivo.

La calificación sobre la gestión de TI se mantendrá hasta que la SUGEF determine una nueva calificación. La calificación sobre la gestión de TI considera la ponderación de los siguientes factores:

1. El cumplimiento de los Objetivos de control detallados para cada proceso evaluado.
2. El nivel de madurez alcanzado en cada proceso evaluado.
3. El peso relativo de cada proceso evaluado. El peso asignado lo determina la SUGEF, considerando la importancia relativa del proceso, en virtud del dominio al que pertenece y de su eventual impacto en los procesos de negocio.

El anexo 2 describe el procedimiento para obtener la calificación sobre la gestión de TI.

Artículo 16. Revisión de la calificación

La entidad podrá solicitar, a través de sus representantes legales, una vez concluido el Plan Correctivo -Preventivo requerido conforme el artículo 14, que se modifique su calificación sobre la gestión de TI.

Para su admisión, la solicitud debe cumplir los siguientes requisitos:

- a) Carta firmada por el representante legal de la entidad, en la cual se indique los procesos sobre los cuales se solicita una recalificación.
- b) Certificación emitida por un auditor de TI, en la cual se indique, para cada uno de los procesos contemplados en el Plan Correctivo -Preventivo, el estado de cumplimiento de los objetivos de control y el nivel de madurez alcanzado.
- c) Declaración de la gerencia general, en la que se indique que el resto de los

procesos del marco para la gestión de TI, no considerados en el Plan Correctivo-preventivo, no desmejoraron su condición original.

La SUGEF contará con un plazo de veinte días hábiles, contados a partir del día hábil posterior a la recepción de la solicitud, para comunicar a la entidad la nueva calificación.

La SUGEF podrá efectuar por sí misma o a través de terceros las verificaciones que estima pertinentes con el propósito de determinar la nueva calificación.

Artículo 17. Recursos

Contra el comunicado sobre la gestión de TI pueden interponerse los recursos ordinarios de revocatoria y/o apelación según lo dispuesto en la Ley General de la Administración Pública, dentro del plazo de ocho días hábiles contados a partir de la notificación del acto.

Artículo 18. Seguimiento y monitoreo por SUGEF

La SUGEF efectuará un seguimiento y monitoreo de la ejecución del Plan Correctivo-Preventivo suministrado por la entidad. Con el objeto de verificar el cumplimiento de las acciones la SUGEF podrá solicitar informes parciales y realizar verificaciones in situ.

Las verificaciones en materia de TI se incluirán dentro de las labores ordinarias de supervisión. En casos extraordinarios la SUGEF podrá efectuar revisiones independientes previo cumplimiento de las formalidades previstas para tal efecto.

Los informes que requiera la SUGEF deberán ser firmados por el responsable del área de TI y el gerente general de la entidad.

Artículo 19. Requisitos del auditor de TI

El auditor que se designe para la auditoría externa de los procesos que integran el marco para la gestión de TI debe cumplir con los requisitos siguientes:

- a) Estar inscrito en el Registro de Auditores Elegibles de conformidad con el "Reglamento de Auditores Externos y Medidas de Gobierno Corporativo aplicable a los sujetos fiscalizados por SUGEF, SUGEVAL, y SUPEN", dentro del cual se mantendrá un registro específico para la inscripción de los auditores externos en TI que brinden servicios a las entidades supervisadas por SUGEF. Para tal efecto se consideraran además los descritos en el Capítulo II del citado reglamento excepto, los literales a y d del artículo 4.
- b) Experiencia demostrable de al menos tres años en la ejecución de labores profesionales relacionadas con auditoría en informática (sistemas), o en su defecto en la gestión de proyectos de implementación de marcos de control sobre tecnologías de información y/o consultorías en tecnología de información.
- c) Formación profesional a nivel de licenciatura o superior en áreas tales como: ingeniería de sistemas, informática (computación), auditoría de sistemas o informática administrativa.
- d) Certificado CISA (Auditor Certificado de Sistemas de Información por sus siglas en inglés "Certified Information Systems Auditor").
- e) No haber prestado a la entidad que haya contratado sus servicios para la

auditoría externa de TI, en forma directa o a través de una compañía relacionada, servicios de consultoría, capacitación, o complementarios relacionados con el diagnóstico, implementación y mantenimiento de marcos de control sobre tecnologías de información, durante los últimos tres años anteriores, contados desde la comunicación dispuesta en el artículo 11 de este reglamento.

CAPITULO IV DISPOSICIONES ESPECIALES

Artículo 20. Estándar de seguridad

Sin menoscabo de los objetivos de control de los procesos aplicables de Cobit®, la entidad debe velar que el estándar en materia de seguridad, permita implementar métodos de autenticación para el acceso lógico a los sistemas y servicios informáticos, consecuentes con la criticidad y el valor de los datos y servicios a proteger, debiendo considerar en particular la mejores prácticas en relación con la banca electrónica y otros servicios financieros por internet.

Artículo 21. Tercerización de TI

La entidad puede contratar parte o la totalidad de sus procesos a proveedores locales o extranjeros de tecnologías de información.

La entidad debe comunicar a la SUGEF dentro del mes siguiente al inicio de la relación con el proveedor, la siguiente información:

- a) Objetivos estratégicos y operativos que se persigue con la contratación.
- b) Alcance de las funciones, procesos, servicios, actividades o recursos contratados.
- c) Duración del contrato.
- d) Causales de rescisión, cuando hayan sido pactadas de manera expresa en el contrato.
- e) Nombre comercial del proveedor(es) del servicio, ubicación geográfica, tiempo de existencia, cédula jurídica o registro análogo según sea local o extranjero y nombre del representante legal.
- f) Acuerdo del nivel de servicio.
- g) Descripción del plan de contingencia y continuidad de operación, para los servicios contratos relacionados con el procesamiento de información y desarrollo de sistemas.
- h) Nombre de los encargados de operación y control.

La entidad, mediante declaración jurada, emitida por su representante legal, en los primeros diez días hábiles del mes de junio de cada año, actualizará la información suministrada a la SUGEF. En el caso de que el proveedor del servicio sea una entidad supervisada, la entidad deberá adjuntar una certificación expedida por el organismo supervisor, en la que se indique que tiene conocimiento de prestación de este tipo de servicios y especificar si las mismas son sujetas de revisión.

La contratación a que se refiere este artículo no exime a la entidad de su responsabilidad de mantener, a disposición de la SUGEF, las bases de datos, que ésta requiera, en razón de las revisiones que deba realizar en virtud de su competencia.

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 22. Derogatorias

Este Reglamento deroga La "Normativa de Tecnología de Información para las entidades fiscalizadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras" aprobada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante artículo 10 del acta de la sesión 347-2002, celebrada el 19 de diciembre del 2002.

Transitorio I

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 6, 11 y 12 de este reglamento, se establece la siguiente gradualidad para los procesos dispuestos como obligatorios en el marco para la gestión de TI y su evaluación externa independiente:

	Procesos COBIT®	Primera Auditoría Externa: 1 año contado a partir de la entrada	Segunda Auditoría Externa	Auditorías subsecuentes
1	PO9 Evaluar y administrar los riesgos	Nivel madurez mínimo requerido: tres	Nivel madurez mínimo requerido: tres	Nivel madurez mínimo requerido: tres
2	PO10 Administrar proyectos			
3	AI6 Administrar cambios			
4	DS2 Administrar los servicios de terceros *			
5	DS4 Garantizar la continuidad del servicio			
6	DS5 Garantizar la seguridad de los sistemas			
7	DS11 Administrar los datos			
8	ME2 Monitorear y evaluar el control interno			
9	PO1 Definir un plan estratégico de	Nivel madurez mínimo requerido: dos	Nivel madurez mínimo requerido: tres	Nivel madurez mínimo requerido: tres
10	PO3 Determinar la dirección tecnológica			
11	PO5 Administrar la inversión			
12	AI3 Adquirir y mantener			
13	AI5 Adquirir recursos de TI			
14	DS3 Administrar el desempeño y la capacidad			
15	DS 9 Administrar la			
16	DS10 Administrar los			
17	DS12 Administrar el ambiente físico			
	Resto de los procesos que integran el marco para la gestión de TI	Nivel madurez mínimo requerido: uno	Nivel madurez mínimo	Nivel madurez mínimo

*Para las entidades que contraten parte o la totalidad de sus procesos a

proveedores locales o extranjeros de tecnologías de información.

Transitorio II

El envío por primera vez del perfil tecnológico dispuesto en el artículo 10 será a más tardar seis meses después de la entrada en vigencia de este Reglamento.

Transitorio III

Hasta tanto no se cuente con una calificación de TI de acuerdo con los términos de este Reglamento, se usará la última calificación determinada por SUGEF.

Durante el primer año desde la entrada en vigencia del presente reglamento la evaluación del gestión de TI se realizará de conformidad con la Normativa de Tecnología de Información para las entidades fiscalizadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras" aprobada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero mediante artículo 10 del acta de la sesión 347-2002, celebrada el 19 de diciembre del 2002.

Transitorio IV

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 15 los ponderadores de los procesos de la primera evaluación son los siguientes:

Procesos CORIT@ 4.0	Peso
PO1 Definir un plan estratégico de TI	Tres
PO3 Determinar la dirección tecnológica	
PO5 Administrar la inversión en TI	
PO9 Evaluar y administrar los riesgos de TI	
PO10 Administrar proyectos	
AI3 Adquirir y mantener infraestructura tecnológica	
AI5 Adquirir recursos de TI	
AI6 Administrar cambios	
DS2 Administrar los servicios de terceros *	
DS3 Administrar el desempeño y la capacidad	
DS4 Garantizar la continuidad del servicio	Dos
DS5 Garantizar la seguridad de los sistemas	
DS9 Administrar la configuración	
DS10 Administrar los problemas	
DS11 Administrar los datos	
DS12 Administrar el ambiente físico	
ME2 Monitorear y evaluar el control interno	
PO2 Definir la arquitectura de la información	
PO4 Definir los procesos, organización y relaciones de TI	
PO6 Comunicar las asunciones y la dirección de la gerencia	
PO7 Administrar recursos humanos de TI	
PO8 Administrar la calidad	
AI1 Identificar soluciones automatizadas	
AI2 Adquirir y mantener software aplicativo	
AI4 Facilitar la operación y el uso	
AI7 Instalar y acreditar soluciones y cambios	
DS1 Definir y administrar los niveles de servicio	
DS6 Identificar y asignar costos	
DS7 Educar y entrenar a los usuarios	

DS	DS8 Administrar la mesa de servicio v los incidentes	
	DS13 Administrar las operaciones	
ME	ME1 Monitorear y evaluar el desempeño de TI	
	ME3 Garantizar el cumplimiento regulatorio	
	ME4 Proporcionar gobierno de TI	

Ríge a partir de su publicación en el diario oficial "La Gaceta"

ANEXO 1
CATEGORIZACIÓN DE PROCESOS Y NIVEL DE
MADUREZ REQUERIDO

*La entidad que contrate parte o la totalidad de sus procesos a proveedores locales o extranjeros de tecnologías de información deben incluir obligatoriamente el proceso DS2 "Administrar los servicios de terceros" dentro de su marco para la gestión de TI.

Dominio	Procesos COBIT® 4.0	Marco para la Gestión	
PO	PO1 Definir un plan estratégico de TI	Procesos obligatorios	
	PO3 Determinar la dirección tecnológica		
	PO5 Administrar la inversión en TI		
	PO9 Evaluar v administrar los riesgos de TI		
	PO10 Administrar proyectos		
AI	AI3 Adquirir v mantener infraestructura tecnológica		
	AI5 Adquirir recursos de TI		
	AI6 Administrar cambios		
DS	DS2 Administrar los servicios de terceros *		Nivel de madurez requerido: Tres
	DS3 Administrar el desempeño v la capacidad		
	DS4 Garantizar la continuidad del servicio		
	DS5 Garantizar la seguridad de los sistemas		
	DS9 Administrar la configuración		
	DS10 Administrar los problemas		
	DS11 Administrar los datos		
ME	ME2 Monitorear y evaluar el control interno		
PO	PO2 Definir la arquitectura de la Información	Procesos seleccionables según perfil de TI de la entidad	
	PO4 Definir los procesos, organización v relaciones de		
	PO6 Comunicar las aspiraciones v la dirección de la		
	PO7 Administrar recursos humanos de TI		
	PO8 Administrar la calidad		
AI	AI1 Identificar soluciones automatizadas		
	AI2 Adquirir v mantener software aplicativo		
	AI4 Facilitar la operación v el uso		
DS	AI7 Instalar v acreditar soluciones v cambios		
	DS1 Definir v administrar los niveles de servicio		
	DS6 Identificar v asignar costos		
	DS7 Educar v entrenar a los usuarios		
	DS8 Administrar la mesa de servicio v los incidentes		
	DS13 Administrar las operaciones	Nivel de madurez requerido: Tres	
	ME1 Monitorear y evaluar el desempeño de TI		
	ME3 Garantizar el cumplimiento regulatorio		

ME	ME4 Proporcionar gobierno de TI	
----	---------------------------------	--

ANEXO 2
PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA CALIFICACIÓN
SOBRE LA GESTIÓN DE TI

El procedimiento para obtener la calificación sobre la gestión de TI, consta de cuatro pasos: (1) calificación del cumplimiento de los objetivos de control asociados a cada proceso, (2) Calificación del nivel de madurez alcanzado por cada proceso, (3) determinación de la calificación para cada proceso y (4) Calificación ponderada de la Gestión de TI.

Para los efectos, la metodología se expondrá a lo largo de este anexo mediante un ejemplo.

Planteamiento
o del
ejemplo:

La evaluación de la gestión de TI considera cada uno de los dominios del marco Cobit®; a través del cumplimiento de los objetivos de control y el nivel de madurez, para un número específico de procesos contenidos en el marco para la gestión de TI.

El desarrollo de los cálculos se efectúa únicamente para el proceso denominado "Proceso A" del dominio Monitoreo y Evaluación; para los procesos B, C y D se asumen calificaciones que luego se integran en el paso 4 al cálculo de la Calificación ponderada de la Gestión de TI.

Dominio	Proceso	Calificación del proceso
Planeación y Organización	B	50%
Adquisición	C	80%
Entrega y soporte	D	65%

A. CALIFICACIÓN DEL PROCESO EVALUADO.

Factor 1: Calificación del cumplimiento de los objetivos de control asociados a cada proceso. (PASO1)

1. Mediante la "Matriz de Calificación de la Gestión de TI" se determina el nivel de cumplimiento de cada objetivo de control asociado a un proceso en particular.
2. La "Matriz de Calificación de la Gestión de TI" establece un conjunto de preguntas de respuesta cerrada, asociado a cada objetivo de control; según corresponda se asigna alguna de las siguientes respuestas:

Respuesta	Descripción
SI	La entidad cumple con lo requerido para el objetivo de control evaluado
NO	La entidad no cumple con lo requerido para el objetivo

	evaluado
N	El objetivo de control no aplica. Este resultado debe observarse como un caso excensional

Para el ejemplo, la siguiente imagen muestra la forma en que se presenta la calificación para cada objetivo de control que compone el "Proceso A".

PROCESO A		Evaluación		
		SI	No	NA
1.1	Objetivo de control detallado A			
1	Pregunta 1	1		
1	Pregunta 2	1		
1	Pregunta 3	1		
		3	0	0
1.2	Objetivo de control detallado B			
1	Pregunta 1	1		
1	Pregunta 2	1		
1	Pregunta 3	1		
		3	0	0
1.3	Objetivo de control detallado C			
1	Pregunta 1	1		
1	Pregunta 2	1		
1	Pregunta 3	1		
1	¿Se asegura que los activos y las inversiones son administrados a través de su ciclo de vida económico?			1
75%		3	1	0

3. La Calificación de cada Objetivo de Control (COC) se obtiene a partir de la siguiente formulación:

$$COC = (\text{Total de respuestas en SI} / \text{Total de preguntas aplicables del Objetivo de Control evaluado}) * 100$$

En nuestro ejemplo, para el objetivo de control 1.3, la calificación es 75%, determinada como $(3/4) * 100$

La calificación total para el factor 1 se obtiene a partir de la siguiente formulación:

$$\sum COC / (100 * \text{número de objetivos de control evaluados})$$

Para el ejemplo, $275\% / 100 * 3 = 0.9166$, donde:

275% = sumatoria de las calificaciones individuales de cada objetivo de control
 3 = número de objetivos de control evaluados

Factor 2: Nivel de madurez alcanzado en cada proceso (PASO 2)

1. Mediante la "Matriz de Calificación de la Gestión de TI" se determina el nivel de madurez alcanzado en un proceso en particular.
2. La "Matriz de Calificación de la Gestión de TI" establece un conjunto de preguntas de respuesta cerrada, asociado a cada proceso. Las preguntas se formulan atendiendo a un nivel de exigencia creciente, de manera que para ascender en la escala, es requisito cumplir con la totalidad de las exigencias del nivel precedente.
3. Las respuestas en la "Matriz de Calificación de la Gestión de TI" deben corresponder a alguno de los siguientes estados:

Respuesta	Descripción
SI	La entidad cumple con lo requerido para el
	madurez evaluado
NO	La entidad no cumple con lo requerido para el
	nivel de madurez evaluado
N	El ítem no aplica. Este resultado debe observarse
	como un caso excepcional

4. La calificación para cada Nivel de Madurez (CNM) se obtiene a partir de la siguiente formulación:

$$\text{CNM} = \text{Total de respuestas en SI} / \text{Total de preguntas del Nivel de madurez evaluado}$$
5. La asignación del nivel de madurez se inicia en el Nivel 1, para ascender en la escala es requisito indispensable cumplir con la totalidad de las exigencias del nivel inmediato precedente (CNM = 1). Se procede a sumar de forma ascendente en la escala los resultados del CNM = 1, deteniéndose en el nivel con un valor CNM diferente a 1.

Se muestra en la siguiente imagen la forma en que se determina la calificación del nivel de madurez para el "Proceso A" del ejemplo.

NIVEL DE MADUREZ		Evaluación		
		SI	NO	NA
Nivel 1	Inicial			
5	Pregunta 1	1		
1	Pregunta 2	1		
1000%	= 2	2	0	0
Nivel 2	Repetible pero intuitivo			
1	PREGUNTA 1	1		
1	PREGUNTA 2	1		
1000%	= 2	2	0	0
Nivel 3	Proceso definido			
1	PREGUNTA 1	1		
1	PREGUNTA 2	1		
1	PREGUNTA 3	1		
1000%	= 3	3	0	0
Nivel 4	Administrado y Medible			
1	PREGUNTA 1	1		
1	PREGUNTA 2	1		
1	PREGUNTA 3	1		
1000%	= 3	3	0	0
Nivel 5	Optimizado			
1	PREGUNTA 1	1		
1	PREGUNTA 2	1		
1000%	= 2	2	0	0
2.67				

6. La calificación obtenida según el procedimiento indicado en el punto anterior para el nivel de madurez, debe ubicarse en el rango de valor que corresponda, según el cuadro siguiente:

Rango	Nivel	Descripción
De 0 a 0.99	0	No existente
De 1 a 1.99	1	Inicia
De 2 a 2.99	2	Repetible
De 3 a 3.99	3	Definido
De 4 a 4.99	4	Administrad
Igual a 5	5	Optimizado

En el ejemplo, una calificación de 2.67 corresponde el Nivel 2 "Repetible", para una desviación respecto al nivel de madurez requerido (Nivel 3) de -0.33

7. La calificación total para el factor 2 se obtiene a partir de la siguiente formulación:

$$\text{CNM} * 100 / (100 * \text{Nivel Requerido})$$

Para el ejemplo, $2.67 * 100 / 100 * 3 = 0.89$, donde:

$$2.67 = \text{CNM}$$

$$3 = \text{Nivel de madurez requerido}$$

Factor 3: Calificación de cada Proceso evaluado (PASO 3)

La Calificación de cada Proceso evaluado (CP) se establece mediante la suma del producto de cada uno de los factores por su peso, según la siguiente formulación:

$$\text{CP} = \text{Factor 1} * \text{peso factor 1} + \text{Factor 2} * \text{peso factor 2}$$

En donde el peso de los factores es:

Factor	Dimensión	Peso
1	Resultado de la calificación del Objetivos de	70%
2	Resultado de la calificación del Nivel de	30%

Para el ejemplo, corresponden los siguientes resultados:

Factor	Dimensión	Peso	Resultado
1	COC = 0.92	70%	0.6416
2	CNM = 0.89	30%	0.267
		Suma	0.9086

La calificación del "Proceso A" es 90.86%.

B. CALIFICACIÓN DE LA GESTIÓN DE TI (PASO 4)

1. Una vez establecida la calificación para cada uno de los procesos incluidos en la evaluación del marco para la gestión de TI, se procede a establecer la Calificación sobre la Gestión de TI (CGTI); la cual se obtiene mediante la suma de las calificaciones ponderadas de los procesos evaluados.

La calificación se obtiene mediante la siguiente formulación:

$$\text{CGTI} = \sum (\text{CP ponderada})$$

Donde CP ponderada, se obtiene al multiplicar cada CP por el peso asignado al proceso y luego dividirlo entre el total de los pesos.

Para expresar la calificación final se utilizarán dos dígitos decimales sin redondeo.

Para el ejemplo, la CP ponderada del "Proceso A" es 22.71% como resultado de $(90.86\% * 3) / 12$.

La imagen muestra el cálculo y resultado final para el ejemplo:

Descripción	Peso	Muestreo	
		CP	CP ponderada
Proceso A	3	90,53%	22,71%
Proceso B	3	50,00%	12,50%
Proceso C	3	80,00%	20,00%
Proceso D	3	60,48%	18,23%
Total	12	CGTI	71,46%
		Irregularidad 1	

2. El peso asignado (ponderador) lo determina la SUGEF, considerando la importancia relativa del proceso en virtud del dominio al que pertenece y de su eventual impacto en los procesos de negocio. La siguiente tabla presenta los valores asignables:

		Impacto a procesos de negocio		
		Alto	Medio	Bajo
Importancia a relativa	PESO Primario	3	3	2
	Secundario	3	2	1
	Residual	2	2	1

ANEXO 3
PROYECTO DE LEY
REGULACIÓN DEL MERCADO DE TARJETAS DE
CRÉDITO Y DÉBITO EN COSTA RICA

PROYECTO DE LEY

REGULACIÓN DEL MERCADO DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO EN COSTA RICA

Expediente N.º 15.991

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

El presente proyecto de ley ⁽³⁷¹⁾, pretende fortalecer el mercado de las tarjetas de crédito y débito en el país, de manera que su uso se caracterice por *el espíritu de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*, claramente establecido en la Ley N.º 7472 de 20 de diciembre de 1994 y la Ley N.º 7854, de 14 de diciembre de 1998.

El uso de las tarjetas de crédito y débito, es cada vez más frecuente por parte de los ciudadanos, lo cual implica un mejor ejercicio de sus derechos como consumidores. Sin embargo, esta acción se ve viciada por la carencia de dispositivos de seguridad en las mismas tarjetas, los errores de algunos sistemas de información de casas emisoras, la falta de transparencia en *materia de información y contratación*, y la carencia de controles de las compras por medio de Internet.

El mercado de las tarjetas de crédito y débito ha crecido enormemente en nuestro país, diferentes productos y servicios han sido agregados al valor primigenio de la tarjeta, creando así servicios conexos al de crédito y débito, tales como: seguro de vehículo, seguro de viaje, seguro de vida, asistencia en caso de accidente, reembolsos por compras de productos defectuosos y demás. Cada uno de estos servicios están contenidos como valor agregado a la tarjeta y en la mayoría de las ocasiones el tarjetahabiente no los requiere y no los solicita.

En un mundo orientado hacia las transacciones electrónicas y los portales informáticos, las tarjetas de crédito y débito, se convierten en *herramientas indispensables para la vida en una comunidad virtual mundial*.

El desarrollo comercial debe estar caracterizado por un espíritu de equidad y solidaridad entre los comerciantes y los consumidores, de manera que las cláusulas abusivas, las tasas de interés especulativas y otros cargos que suelen sorprender a los tarjetahabientes, por no ser claramente advertidos, deben ser eliminados y sopesadas por el cliente, a efecto de que la relación entre ambos actores del proceso sea clara y transparente. Por ejemplo, existen en ciertas tarjetas "un cargo administrativo por mora" contemplado en el Código de comercio, artículos 427 y 428. Sin embargo, estas cláusulas deben ser ajustadas a lo que establecen los artículos 705 y 706 del Código civil.

³⁷¹ Este proyecto de ley fue elaborado por la organización "Consumidores de Costa Rica" y fue puesto al conocimiento de la Asamblea Legislativa en la oficina de Iniciativa Popular. Los suscritos diputados firmantes, lo hemos retomado y analizado conjuntamente con la organización proponente y lo hemos presentado a la corriente legislativa para su trámite.

Por estas razones y con base en lo expuesto anteriormente, sometemos a la consideración de la Asamblea Legislativa el siguiente proyecto de Ley.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

REGULACIÓN DEL MERCADO DE TARJETAS DE
CRÉDITO Y DÉBITO EN COSTA RICA

TÍTULO ÚNICO

CAPÍTULO I

Sección 1.01 Disposiciones generales

ARTÍCULO 1.- Objetivo. La presente Ley tiene como objetivo primordial regular el mercado de las tarjetas de crédito y débito en el país, con el fin de garantizar al consumidor sus derechos, frente al desenvolvimiento de dicho mercado.

ARTÍCULO 2.- Definiciones. En correspondencia con la nomenclatura del sector financiero, se establecen las siguientes definiciones.

- a) **Emisor:** es el ente económico que emite o comercializa tarjetas de crédito y débito en Costa Rica, de uso nacional o internacional, o ambas modalidades.
- b) **Compañía miembro adquirente:** es la procesadora de las transacciones realizadas por el tarjetahabiente en los ámbitos nacional o internacional y que se relaciona con la afiliación y pago a negocios afiliados.
- c) **Negocio afiliado:** es aquella empresa que se afilia a un miembro adquirente con el objetivo de poder procesar los consumos directos que haga el tarjetahabiente en su establecimiento.
- d) **Titular de la cuenta:** es la persona física o jurídica que, previo contrato con el ente emisor, es habilitado para el uso de una línea de crédito revolutiva o una tarjeta de débito.
- e) **Tarjetahabiente:** es la persona física o jurídica que accede a una línea de crédito o de servicios de débito, por medio de tarjetas.
- f) **Tarjeta de crédito o débito:** es el documento de identificación exclusivo del tarjetahabiente, que puede ser magnético, virtual o de cualquier otra tecnología, que acredita una relación contractual previa entre el emisor y el titular de la cuenta por el otorgamiento de un crédito revolutivo o un servicio de débito con tarjeta, a favor del segundo, para comprar bienes y servicios, pagar sumas líquidas y obtener dinero en efectivo.
- g) **Tarjeta adicional:** es aquella de crédito o débito que el titular autoriza a favor de las personas que designe.

h) Contrato de emisión de tarjeta de crédito o débito: es aquel contrato que regula las condiciones de un crédito revolutivo o servicio de débito por medio de tarjetas, en moneda nacional o extranjera y de la emisión y uso de la tarjeta de crédito o débito. Dicho contrato se regirá por los principios y normas que regulan los contratos de adhesión.

i) Límite de crédito: se refiere al monto máximo, en moneda nacional, extranjera o ambas, que el emisor se compromete a prestar al titular de la cuenta mediante las condiciones estipuladas en el contrato.

j) Principal o pasivo pendiente: es el saldo de la línea de crédito revolutivo, que es consecuencia de todas las transacciones realizadas mediante el uso de la tarjeta de crédito.

k) Sobregiro: es el monto utilizado en exceso sobre el límite de crédito autorizado.

l) Tasa de interés financiera o corriente: es el porcentaje establecido por el emisor en el contrato por el uso del crédito y que debe utilizarse para el cálculo de los cargos por intereses sobre el saldo del principal o pasivo, conforme con las condiciones que indique la legislación vigente.

m) Intereses corrientes: corresponde al monto de los intereses financieros, calculados sobre el principal adeudado, sin incluir el consumo del período. Son aplicables cuando se opta por el financiamiento.

n) Intereses corrientes del período: corresponde al monto de los intereses corrientes calculados desde la fecha de compra hasta la fecha de corte y se calculan sobre cada uno de los consumos de un período. Debe utilizarse, para su cálculo, un modelo matemático de interés simple.

o) Tasa de interés moratorio: es el porcentaje establecido a cargo del tarjetahabiente, cuando incurre en algún retraso en los pagos de una tarjeta de crédito. Debe utilizarse para el cálculo de los intereses sobre los días de atraso, en los términos que indique el contrato y conforme con las condiciones que indique la legislación vigente.

p) Pago de contado: corresponde al pago del saldo adeudado por el tarjetahabiente a la fecha de corte, más los intereses corrientes del período anterior y las comisiones o recargos, cuando correspondan.

q) Fecha de corte: corresponde a la fecha programada para la emisión del estado de cuenta el período correspondiente.

r) Fecha límite para el pago de contado: corresponde a la última fecha en que el tarjetahabiente puede pagar de contado para no incurrir en cargos por intereses corrientes.

s) Fecha límite para el pago mínimo: corresponde a la fecha última en que el tarjetahabiente tiene que realizar el pago mínimo.

t) Estado de cuenta: es el documento confeccionado por el emisor que contiene el resumen mensual del manejo de la tarjeta de crédito o débito, en el marco de la relación contractual.

u) Otros cargos: corresponde a los servicios administrativos que cobra el emisor por la utilización de la tarjeta de crédito o débito, acordados en el contrato de afiliación de los negocios. No corresponde a intereses, ni comisiones.

v) **Cargos administrativos por mora:** suma fija que se cobra como sanción por el no pago en tiempo del saldo mensual correspondiente, por el uso de una tarjeta de crédito. Debe estar claramente tipificado en el contrato original suscrito por el cliente y ajustado de acuerdo con lo que establece el Código de comercio y el Código civil.

w) **Comisiones:** son los porcentajes o montos en moneda nacional o extranjera que el emisor cobra al tarjetahabiente, por el uso de ciertos servicios, acordados en el contrato de emisión de la tarjeta de crédito. No corresponde a intereses y a recargos.

x) **Pago Mínimo:** corresponde a la mensualidad, expresada en moneda nacional, extranjera o ambas, que el tarjetahabiente paga al emisor para mantener su cuenta al día. Debe cubrir tanto los intereses, a la tasa pactada, como las comisiones o recargos y una amortización al principal, según el plazo de financiamiento.

y) **Grado de aceptación:** se refiere al número de negocios afiliados, cajeros automáticos u otros, donde es aceptada la tarjeta de crédito o débito.

z) **Cobertura:** es el ámbito geográfico o sector de mercado donde puede ser utilizada la tarjeta de crédito.

CAPÍTULO II

Sección 1.02 Información al consumidor

ARTÍCULO 3.- Obligaciones del emisor. Antes del momento de la firma del contrato, el emisor estará en la obligación de informar al consumidor y usuario de su servicio, todos y cada uno de los alcances contractuales. Además, estará en la obligación de entregar al usuario toda la información que requiera para su mejor decisión.

ARTÍCULO 4.- Información clara. La información contenida en los contratos de adhesión para el uso de una tarjeta de crédito y débito, deberán expresarse con criterios de accesibilidad para todas las personas y estar disponibles en formato digital o en escritura braille. Queda prohibido al emisor utilizar técnicas, signos, abreviaturas o siglas incomprensibles, cuando tiendan a crear en el público una imagen o impresión errónea, utilizar tipos de letra de tamaño inferior a los utilizados por el diario oficial La Gaceta y a utilizar papel que dificulte la comprensión de la información.

ARTÍCULO 5.- Folleto explicativo. Para cumplir con el derecho que le asiste al consumidor, el emisor deberá entregar un folleto explicativo al interesado en contratar el servicio, antes de la firma del correspondiente contrato. Este folleto, debe contener información clara, veraz, suficiente y oportuna para que el cliente cuente con mayores elementos de decisión al contratar el servicio. Debe referirse no solo a las facilidades que brinda el documento plástico, sino también a las obligaciones que conlleva para el tarjetahabiente.

La entrega del folleto deberá constar en un recibo por separado del contrato, firmado por el tarjetahabiente.

ARTÍCULO 6.- Características del folleto. El folleto contemplará información sobre los siguientes aspectos: características principales del servicio que adquiere, mecanismos para el reporte de pérdida o robo de la tarjeta, procedimiento y plazo para reclamos, así como la unidad o persona encargada para la resolución de controversias, informará además sobre el procedimiento a seguir, de acuerdo con el caso concreto y según la normativa de la marca respectiva, sobre los servicios adicionales cobrados en el servicio como seguros y coberturas, asistencia para viajeros, servicios de salud, entre otros.

ARTÍCULO 7.- Cálculo de Intereses. El emisor informará al consumidor en el folleto explicativo sobre el mecanismo para determinar el monto de los intereses, los saldos sujetos a interés, la fórmula para calcularlos, los supuestos en que no se pagará dicho interés y procedimiento detallado para el cálculo del pago mínimo, de una manera amigable y fácilmente entendible. Asimismo, se deberán indicar las comisiones, sumas cobradas por penalidad o sanción por no pago, otros cargos, y los supuestos y condiciones en que se cobran.

ARTÍCULO 8.- Idioma de los folletos. Todos los datos e informaciones mencionados en el folleto explicativo, deben estar expresados en idioma español mediante una tipografía clara y legible, salvo que el tarjetahabiente solicite por escrito algún lenguaje alternativo, o alguna adaptación que facilite su lectura para personas con discapacidad. En los puntos de venta de la tarjeta deberá anunciarse la existencia del folleto y el derecho y obligación del consumidor a estar informado de las condiciones y características financieras del servicio que adquiere.

ARTÍCULO 9.- Información adicional. El emisor deberá incluir en el folleto explicativo cualquier otra información que sea relevante para el tarjetahabiente, como políticas de la compañía, representante legal, lugar para oír notificaciones y procedimientos para reclamos, entre otros.

ARTÍCULO 10.- Estados de cuenta. Las empresas emisoras de tarjetas de crédito deberán enviar a sus tarjetahabientes todos los meses y en los tres días hábiles siguientes a la fecha de corte, un estado de cuenta. Este envío, deberá realizarse al menos por uno de los siguientes medios: fax, correo postal o correo electrónico, a requerimiento específico del cliente, debidamente acreditado con su firma.

ARTÍCULO 11.- Información del estado de cuenta. En el estado de cuenta deberán incluirse las identificaciones del emisor como: nombre y cédula jurídica, marca de la tarjeta y nombre; dirección del tarjetahabiente o apartado postal e identificación de la cuenta. Esta información debe aparecer en el encabezado del estado de cuenta. Deberá, además, contener la siguiente información:

- a) La enumeración explícita de los rubros que el tarjetahabiente debe pagar, incluyendo la compra, fecha de la compra, negocio afiliado, lugar, monto en colones o dólares según sea el caso,

resultados de los sorteos de las actividades promocionales, teléfonos de servicio al cliente y para el reporte de hurto, robo o pérdida de la tarjeta y los lugares donde se pueden efectuar los pagos.

b) En rubros separados deben aparecer: la fecha de corte, la fecha de pago, el principal, la tasa de interés aplicada, monto por intereses financieros, tasa de interés moratorio, monto de intereses moratorios, los recargos y comisiones desglosadas, sumas por penalidad o sanción, saldo anterior, monto gastado en el período, pago mínimo, pago de contado, los pagos efectuados y cualquier débito o crédito aplicado a la cuenta. También debe incluirse el mismo detalle para cualquier otro tipo de crédito que se otorgue relacionado con la tarjeta de crédito, tal como el extrafinanciamiento. Todos los rubros y montos incluidos en este estado, deben corresponder estrictamente al período mensual al que se refiere el estado de cuenta.

ARTÍCULO 12.- Modificaciones al contrato. El emisor está obligado a presentar al tarjetahabiente, por escrito, en el estado de cuenta, con un mes de anticipación a la variación del mismo, el aviso de modificación al contrato. En el estado de cuenta se deberá prevenir al tarjetahabiente que puede rechazar la modificación si lo comunica al emisor, por escrito, en el plazo de un mes contado a partir de la fecha límite de pago o retirarse del servicio si así lo prefiere. Para ello, deberá señalarse el vencimiento del plazo y deberá indicarse la dirección, apartado postal, número de fax y dirección electrónica del emisor, donde el tarjetahabiente podrá enviar la comunicación. El emisor está obligado a dar al tarjetahabiente el correspondiente acuse de recibo a la dirección indicada por el tarjetahabiente.

ARTÍCULO 13.- Rechazo de las modificaciones. En caso de no ser aceptadas las modificaciones por el tarjetahabiente, la compañía miembro emisora podrá liquidar la línea de crédito del tarjetahabiente bajo las condiciones vigentes antes de la variación introducida. El proceso de liquidación no tendrá para el tarjetahabiente costo alguno, ni significará variación en la forma de pago que originalmente había pactado, salvo que el tarjetahabiente solicite expresamente un cambio para liquidar más rápidamente sus deudas.

ARTÍCULO 14.- Aceptación de modificaciones al contrato. En el contrato deberán aparecer detalladas todas las disposiciones adicionales que afecten directamente al tarjetahabiente. En el caso de que el tarjetahabiente acepte las variaciones del contrato, de cláusulas anteriores o nuevas cláusulas, el emisor deberá entregar al tarjetahabiente un nuevo contrato que incluya todas las disposiciones y variaciones realizadas.

ARTÍCULO 15.- Servicios de información adicional. Los emisores pondrán a disposición del tarjetahabiente servicios adicionales de información, entre los cuales podrán tener números telefónicos y de fax, servicio automático de autoconsulta-envío, correo electrónico, página electrónica en Internet y otros similares. El consumidor podrá solicitar copia fiel del estado de cuenta, el cuál le será expedido sin costo alguno.

ARTÍCULO 16.- CANCELACIONES REMOTAS. En aquellos casos en los que el tarjetahabiente realice la cancelación de su cuenta mediante la vía telefónica u otro medio electrónico, autorizando el pago desde otra cuenta, deberá aparecer consignado el movimiento en el estado de cuenta inmediato siguiente.

ARTÍCULO 17.- Acceso a los estados de cuenta. Los estados de cuenta deberán incorporar, criterios de accesibilidad para que las personas con discapacidad puedan percibir, conocer e informarse sobre el contenido del mismo. Deberán estar disponibles en formato electrónico y estar disponibles a los consumidores cuando así lo requieran.

ARTÍCULO 18.- Premios y promociones. Los premios y promociones que promuevan los emisores, deberán ser reglamentados, en relación con: restricciones, plazos, naturaleza y cumplimiento de los beneficios adicionales. El o los reglamentos de las promociones u ofertas deberán ser publicados en al menos un medio de comunicación de circulación nacional. Asimismo, se deberá comunicar a los tarjetahabientes en el estado de cuenta, el medio de comunicación y fecha cuando se publicó dicho reglamento.

ARTÍCULO 19.- Material promocional. En el material promocional no podrán utilizarse técnicas, signos, abreviaturas o siglas, cuando las mismas tiendan a crear en el tarjetahabiente una imagen o impresión errónea de la realidad. Tampoco se hará representación alguna de cualquier información que sea *inexacta o falsa o que describa en forma engañosa o incomprensible los servicios o contratos*. Si el material de la promoción contiene términos expresos sobre el crédito, solamente aludirá a los términos que realmente corresponden a los pactados u ofrecidos por el emisor y los montos exactos de tope de crédito o tasas de interés que finalmente pagará el tarjetahabiente.

ARTÍCULO 20.- Bases de datos. Los emisores de las tarjetas de crédito y débito tienen la responsabilidad de salvaguardar las bases de datos de información personal de los tarjetahabientes, así como las que se generan como resultado de la actividad de consumo de los usuarios de estos servicios. Solo podrán comercializar estos datos con la autorización escrita del tarjetahabiente. En caso contrario, podrán ser sancionados por divulgar información confidencial.

CAPÍTULO III

Sobre robos, reclamos o pérdida de las tarjetas

ARTÍCULO 21.- Robos o pérdida de la tarjeta de crédito o débito. El emisor deberá informar al tarjetahabiente el número de consecutivo o de gestión bajo el cual se registró el robo, hurto, pérdida de su tarjeta o reclamo. Asimismo, deberán indicar el procedimiento a seguir sobre la gestión presentada.

ARTÍCULO 22.- Reclamos acerca del servicio del emisor. En el caso de queja o reclamo presentado, el emisor deberá informar al tarjetahabiente, el nombre de la persona, dependencia y procedimiento que se seguirá para su

resolución por parte de la empresa. El emisor tendrá diez días hábiles para resolver el reclamo o la queja.

CAPÍTULO IV **De los servicios adicionales**

ARTÍCULO 23.- Sobre los cargos por “seguros”, “servicios de grúa”, “servicios médicos” y otros cargos automáticos. En el supuesto de que el ente emisor promueva el servicio de “seguros”, “servicios de grúa”, “servicios médicos” u otros cargos automáticos (los cuales comportan un cargo para el tarjetahabiente) deberá consultar al titular de la tarjeta si acepta el servicio, seguro u otro cargo automático, y únicamente al obtener su consentimiento, mediante firma del documento correspondiente, podrá acreditarle el costo del seguro o servicio promocionado en el estado de cuenta. El silencio del tarjetahabiente no podrá tomarse como aceptación en estos servicios, promociones o servicios a brindar.

CAPÍTULO V **De las tasas de interés y otros cargos**

ARTÍCULO 24.- De las tasas de interés y otros cargos. Todos aquellos cargos, tasas de interés y comisiones que afecten al principal, deberán ser comunicados y explicados al consumidor antes de la firma del contrato.

ARTÍCULO 25.- Intereses corrientes. En el estado de cuenta deberá consignarse que los intereses corrientes no podrán ser cobrados cuando el pago se realice de contado y antes del vencimiento de la fecha de corte de la cuenta del tarjetahabiente. Estos intereses se aplicarán bajo un modelo matemático de interés simple, de tal forma que, bajo ningún concepto, se podrán cobrar intereses sobre intereses.

ARTÍCULO 26.- Intereses moratorios. Los intereses moratorios solamente podrán ser aplicados sobre el saldo principal de la cuenta y en ningún caso podrán ser calculados o aplicados tomando como base otros cargos o tasas de interés que le apliquen al principal. Estos intereses se aplicarán bajo un modelo matemático de interés simple, de tal forma que, bajo ningún concepto, se podrán cobrar intereses sobre intereses.

ARTÍCULO 27.- Otros cargos o cargos administrativos. Los cargos administrativos que son denominados como “otros cargos”, no podrán ser cobrados al tarjetahabiente. Los mismos deberán ser contemplados dentro del contrato de adhesión celebrado entre el emisor y el negocio afiliado.

ARTÍCULO 28.- Comisiones. Solamente podrán cobrarse comisiones previa autorización del tarjetahabiente. Deberán especificar claramente: su porcentaje, su base, monto nominal, compra a la que corresponde, fecha y demás especificaciones de acuerdo con el estado de cuenta.

ARTÍCULO 29.- Cargos administrativos por mora. No podrá aplicarse al tarjetahabiente cargos por demora en el pago, salvo que se establezca en el contrato como cláusula expresa, conforme se establece en el Código de

Comercio, artículos 427 y 428, y los correspondientes ordinales del Código Civil.

CAPÍTULO VI

Del comercio con tarjetas de crédito o débito

ARTÍCULO 30.- Negocio afiliado o proveedor. El negocio afiliado tal y como se definió en el artículo primero de esta Ley, está obligado a respetar los términos de la contratación con el miembro adquirente. Además, deberá cumplir con lo siguiente:

- a) Identificar en un lugar visible las marcas de tarjeta que acepta o retirar las calcomanías que así lo indiquen, en el momento en el que deje de serlo.
- b) Aceptar las tarjetas de crédito identificadas en su negocio, según el numeral anterior.
- c) No podrá establecer recargos por el uso de la tarjeta de crédito.
- d) No podrá retener la tarjeta mientras el consumidor realiza el acto de compra o consumo.
- e) No podrá establecer mínimos de compra ni eliminar descuentos por el uso de la tarjeta, salvo que sean previamente advertidas al consumidor y estén así anunciadas públicamente y de manera visible en el negocio.
- f) Solicitar un documento complementario de identificación, al tarjetahabiente, que puede ser la cédula de identidad, licencia, pasaporte o algún otro similar.
- g) Entregar el comprobante de pago original en todos los casos al consumidor.

ARTÍCULO 31.- Deberes del tarjetahabiente. Serán deberes de todas aquellas personas que utilicen los servicios de los emisores de tarjetas de crédito, los siguientes:

- a) Usar en forma personal la tarjeta de crédito y no mostrar a nadie las claves de acceso a los cajeros y otros sistemas electrónicos.
- b) Antes de firmar los comprobantes de pago, verificar el importe, el número de tarjeta, la información del negocio afiliado y la veracidad de la información.
- c) Solicitar y guardar los comprobantes de pago originales y demás documentos de compra de bienes y utilización de servicios.
- d) Velar por el uso de la(s) tarjeta(s) adicionales que solicite.
- e) Velar por su capacidad de pago y límite de crédito concedido por el emisor.
- f) Indicar al emisor el domicilio a efectos de que este le remita los estados de cuenta e informarle sobre los cambios en el mismo.
- g) Reportar al emisor el no recibo de los estados de cuenta, en el plazo que se haya establecido contractualmente, salvo que la ley u otros reglamentos establezcan plazos mayores, en cuyo caso se aplicará siempre el plazo mayor.
- h) Verificar las tasas de interés y otros cargos que le efectúe el emisor así como los procedimientos para plantear a tiempo sus

reclamos sobre los productos y servicios que adquiriera por medio de la tarjeta de crédito.

- i) Efectuar los reclamos en el plazo establecido en el contrato, salvo que la ley u otros reglamentos establezcan plazos mayores, en cuyo caso se aplicará siempre el plazo mayor.
- j) Mostrar documentos que lo identifiquen como el tenedor de la tarjeta, como cédula de identidad, licencia, pasaporte o cualquier otro similar, cuando haga uso de ella en un negocio afiliado.
- k) Reportar al ente emisor el robo, hurto o pérdida de la tarjeta.

ARTÍCULO 32.- Registro de contratos. Los contratos que comercialicen los emisores de las tarjetas de débito y de crédito, deberán estar inscritos ante el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, el cual establecerá el procedimiento necesario para evitar el establecimiento de cláusulas abusivas en los mismos, que perjudiquen al consumidor.

CAPÍTULO VII

De las responsabilidades del Ministerio de Economía, Industria y Comercio

ARTÍCULO 33.- Estudio comparativo. El Ministerio de Economía, Industria y Comercio publicará en al menos dos medios impresos de comunicación de circulación masiva nacional, un estudio comparativo de tarjetas de crédito que incluya como mínimo: tasas de interés financieras y moratorias, comisiones y otros cargos, beneficios adicionales que no impliquen costo adicional para el tarjetahabiente, cobertura, plazos de pago y el grado de aceptación. Las publicaciones se realizarán durante los meses de febrero, mayo, agosto, y noviembre de cada año. La publicación se hará en estricto apego a la información aportada por los emisores. Los emisores de tarjetas de crédito están obligados a colaborar con el Ministerio de Economía, Industria y Comercio para que este desarrolle campañas de difusión de estudios o comunicados, con los que se desarrollen los programas de información al consumidor. La negativa reiterada a colaborar en este sentido, implicará la suspensión de la autorización de la comercialización de los contratos.

ARTÍCULO 34.- Responsabilidad de los emisores. Los emisores de tarjetas de crédito están obligados a entregar con carácter de declaración jurada, en el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, la información necesaria para realizar trimestralmente un estudio comparativo de tarjetas de crédito, sin necesidad de que se le requiera en forma expresa para cada período. Los emisores deben aportar, para todas las tarjetas de crédito que emitan, la siguiente información:

- a) Nombre legal completo del emisor o emisores.
- b) Nombre y marca comercial de las tarjetas de crédito.
- c) Valor de la membresía del titular (valor y período que cubre).
- d) Valor de la membresía de las tarjetas adicionales.
- e) Tasas de interés financieras o corrientes aplicadas en el mes respectivo.

- f) Tasas de interés moratorias aplicadas a las tarjetas de crédito y los rubros sobre los que recaen.
- g) Detalle de las comisiones aplicadas a los tarjetahabientes.
- h) Otros cargos aplicados a los tarjetahabientes, detallados.
- i) Beneficios adicionales otorgados sin costo adicional para el tarjetahabiente.
- j) Plazo de pago de contado (días a partir del corte).
- k) Plazo de financiamiento (meses).
- l) Cobertura: ámbito geográfico o sector del mercado donde puede ser utilizada la tarjeta de crédito.
- m) Grado de aceptación de cada una de las tarjetas de crédito: número de puntos de transacción disponibles.
- n) Requisitos y restricciones de las ofertas, promociones y premios.
- o) *Certificación de personería vigente.*
- p) Señalamiento de lugar para recibir notificaciones.
- q) Cualquier otra información relacionada con las características del producto y de interés para el usuario.

ARTÍCULO 35.- Correspondencia de la información. La información para el estudio comparativo debe corresponder a los parámetros aplicados por los emisores de tarjetas de crédito durante los trimestres finalizados en el último día de los meses de enero, abril, julio y octubre de cada año. Los emisores deben aportar únicamente la información que haya sufrido modificaciones en relación con la información reportada en el período anterior.

ARTÍCULO 36.- Presentación de la información. La información deberá ser presentada en los primeros cinco días hábiles del mes siguiente de cada uno de los meses indicados en el artículo anterior, teniendo el mismo carácter de declaración jurada. Debe contener la firma del representante legal de la empresa emisora de tarjetas de crédito.

ARTÍCULO 37.- Responsabilidad de los emisores. La negativa de entrega, la falsedad o la inclusión de datos inexactos o incompletos en la información requerida en este capítulo, será sancionada según la legislación vigente.

CAPÍTULO VIII

Del comercio electrónico

ARTÍCULO 38.- Compras por Internet. El tarjetahabiente será responsable por las compras que realice tanto en sitios seguros como no seguros en Internet. Será responsable de velar por su información de seguridad a fin de que no sea expuesta en sitios públicos en la Internet, así como en redes de comunicación internas por ordenador (Intranets).

ARTÍCULO 39.- Obligación de los emisores a informar. Las empresas emisoras de las tarjetas deberán distribuir a sus tarjetahabientes folletos explicativos acerca del uso de la seguridad en el Internet, incluyendo claves, las características de los sitios seguros, los procesos de entrega de productos comprados, el uso del correo físico y de apartados postales en otros países y

todo otro mecanismo que tenga relación con la seguridad en el uso de las tarjetas de crédito en este sistema.

ARTÍCULO 40.- Mecanismos de seguridad. La empresa emisora deberá establecer mecanismos de seguridad que permitan el seguimiento a la acreditación del crédito o débito.

ARTÍCULO 41.- Registro de las compras en Internet. El estado de cuenta deberá contener la información de las compras realizadas por el tarjetahabiente en Internet; además, deberá indicar el sitio electrónico en el que se hizo la operación.

ARTÍCULO 42.- Compras por Internet. Los emisores de las tarjetas se encuentran en la obligación de velar por la seguridad de la información confidencial en el sistema, para ello implementarán sistemas de seguridad que permitan el resguardo de esa información.

ARTÍCULO 43.- Acreditación de la compra. El emisor no podrá hacer efectiva la compra por Internet si el tarjetahabiente presentare algún reclamo en los cinco días hábiles siguientes a la recepción del Estado de Cuenta. El emisor tampoco podrá cobrar ningún cargo o tasa adicional por la compra realizada.

ARTÍCULO 44.- Manejo de inconsistencias en las compras por Internet. Los emisores de las tarjetas deberán reportar mensualmente al Ministerio de Economía, Industria y Comercio, los planes de manejo de inconsistencias en lo que respecta a las compras realizadas por Internet. Además deberán implementar un plan de manejo de inconsistencias en esta materia, que deberá ser presentado al mismo Ministerio.

CAPÍTULO IX

De las sanciones

ARTÍCULO 45.- De las sanciones. Se penalizarán las faltas a la presente Ley con base en la legislación nacional sobre la protección de los derechos al consumidor. Si la violación es reincidente, se procederá al congelamiento de los contratos que comercializa el ente emisor.

CAPÍTULO X

Disposiciones transitorias

TRANSITORIO I.- De la entrega del folleto informativo. Los emisores de tarjetas de crédito y débito deberán publicar el folleto explicativo en al menos un medio impreso de circulación masivo nacional y en uno electrónico, así como iniciar su distribución a nuevos tarjetahabientes, a más tardar en los tres meses posteriores a la entrada en vigencia de la presente Ley.

TRANSITORIO II.- De los sistemas de cómputo y páginas electrónicas en Internet. En los tres meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, los emisores de tarjetas de crédito deberán tener ajustados los sistemas de

cómputo y páginas electrónicas en Internet para el cumplimiento de los requisitos exigidos en la presentación de sus respectivos estados de cuenta.

TRANSITORIO III.- De los estados de cuenta. Los emisores de tarjetas de crédito dispondrán de noventa días calendario, contados a partir de la publicación de la presente Ley, para ajustar sus estados de cuenta a las nuevas disposiciones.

TRANSITORIO IV.- De la reglamentación de la Ley. El Poder Ejecutivo reglamentará la presente Ley en el plazo de tres meses a partir de su publicación.

TRANSITORIO V.- Del plan de manejo de inconsistencias. Los emisores de las tarjetas presentarán al Ministerio de Economía el plan de manejo de inconsistencias de las compras por Internet, a más tardar noventa días después de la entrada en vigencia de la presente Ley.

Rige a partir de su publicación.

Carlos Avendaño Calvo

Rodrigo Alberto Carazo Zeledón

Juan José Vargas Fallas

DIPUTADOS

1 de setiembre de 2005.

NOTA: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente de Asuntos Económicos.

ANEXO 4

CIRCULAR SUGEF-012-2006

CIRCULAR SUGEF-012-2006

EXTERNA

31 de mayo del 2006

A TODAS LAS ENTIDADES SUPERVISADAS POR LA SUPERINTENDENCIA GENERAL DE ENTIDADES FINANCIERAS

El Superintendente General de Entidades Financieras, considerando que:

- 1) Desde marzo del 2005, las entidades remiten por medio del Sistema de Captura, Verificación y Carga de Datos (SICVECA) la información de la clase de datos de Legitimación de capitales, la cual incluye las transferencias enviadas y recibidas desde y hacia el exterior y la correspondiente a las transacciones en efectivo iguales o superiores a US\$10.000,00 o su equivalente en otras monedas extranjeras. Asimismo, las transacciones múltiples en efectivo que en conjunto igualan o superan dicha suma se han remitido bajo ese Sistema desde setiembre del 2005.
- 2) Paralelo a la remisión mediante SICVECA, algunas entidades envían la citada información por medio del “*Sistema de Comunicación de Datos*”, conocido como “Extranet”.
- 3) La remisión de la información de Legitimación de Capitales por Extranet pierde relevancia, dada la operación del Sistema SICVECA.

Dispone que:

A partir del 31 de mayo del 2006, se suspende el recibo de información por medio del sistema EXTRANET, por lo que toda carga de información de las operaciones en efectivo (*únicas y múltiples*) y las transferencias enviadas y recibidas desde o hacia el exterior por sumas iguales o superiores a US\$10.000,00 o su equivalente en otras monedas, debe realizarse sólo mediante el Sistema de Captura, Verificación y Carga de Datos (SICVECA).

Aquellas entidades que no registren en el mes transacciones de esta naturaleza, deberán informarlo por escrito a esta Superintendencia dentro del plazo establecido en la Normativa para el cumplimiento de la Ley N°8204.

Oscar Rodríguez Ulloa
Superintendente General