



**UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA**

FACULTAD DE DERECHO

*Flujos Transfronterizos de Datos Financieros: un reto
para la competitividad de Costa Rica en el mercado
globalizado*

Tesis para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho

María Gabriela Alfaro Mata

María Alejandra Arguedas Arguedas

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San José, Costa Rica

Febrero 2015



14 de enero del 2015
FD-AI-0011-2015

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de las estudiantes: *María Gabriela Alfaro Mata*, carné A80190 y *María Alejandra Arguedas Arguedas*, carné A80563, denominado: "Flujos transfronterizos de datos financieros: un reto para la competitividad de Costa Rica en el mercado globalizado" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABILES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Presidente	MSc. Guillermo Solórzano Marín
Secretaria (o)	MSc. Nathalia Artavia Chavarría
Miembro	Lic. Federico Torrealba Navas
Miembro	Dr. Marvin Carvajal Pérez

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 03 de febrero del 2015, a las 7:00 p.m. en Sala de réplicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,

Ricardo Salas Porras
Director



Ava
Cc: Expediente

San José, 12 de enero de 2015.

Señor Doctor

Ricardo Salas

Director Área de Investigación

Presente

Asunto: Aprobación de tesis de María Gabriela Alfaro Mata y María Alejandra Arguedas Arguedas

Estimado Don Ricardo:

Por este medio, me permito comunicarle que he leído, en calidad de Director de la Investigación, la tesis elaborada por las estudiantes de esta Facultad, María Gabriela Alfaro Mata y María Alejandra Arguedas Arguedas, titulada: "Flujos Transfronterizos de Datos Financieros: Un reto para la competitividad de Costa Rica en el mercado globalizado".

Se trata, sin duda, de un trabajo cuidadoso en un tema de gran importancia, donde la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de los Datos Personales" de Costa Rica guarda silencio en muchos de los aspectos de interés. Las estudiantes enfatizan estos aspectos, introducen observaciones de derecho comparado y hacen sugerencias de *lege ferenda* que bien vale la pena tener en cuenta para una futura reforma de dicha normativa.

El tema de la protección de datos se ha posicionado de manera muy importante en el debate nacional y no por casualidad, sobre todo desde que el problema de la efectiva protección de datos ocupa un papel importante en las decisiones que se tomarán en contextos de negociaciones internacionales, principalmente en el marco del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea.

Creo que la tesis cumple con alertar de los problemas y en sugerir algunas soluciones, además de ser un adecuado punto de partida para una reflexión más intensa de los problemas apuntados por las estudiantes.

De la misma manera, me permito informar que la tesis cumple, además, con los requisitos de forma y fondo exigidos por el Área a su digno cargo y estimo merece ser defendida ante el Tribunal que se designe al efecto.

Sin otro particular, se suscribe,

Cordialmente,



Prof. Dr. Alfredo Carrizo Sánchez
Director de la Tesis

San Pedro de Montes de Oca, 12 de enero de 2015

Señor
Doctor Ricardo Salas Porras
Director del Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Director:

En mi condición de lector del trabajo final de graduación de las egresadas María Gabriela Alfaro Mata y María Alejandra Arguedas Arguedas, titulado "*Flujos transfronterizos de datos financieros: un reto para la competitividad de Costa Rica en el mercado globalizado*", me complace informarle que he revisado dicha investigación, la cual cuenta con mi aprobación. Lo anterior, debido a que cumple con todos los requisitos de forma y contenido exigidos por la normativa universitaria. Se trata de un trabajo riguroso, basado en un tema de actualidad y alta complejidad, que las postulantes abordan de manera adecuada.

Con muestras de mi alta estima y consideración,



Marvin Carvajal Pérez
Profesor

12 de enero del 2015.

San José, Costa Rica.

Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
San Pedro de Montes de Oca

Estimado señor Director,

Reciba de mi parte un cordial saludo. Por este medio hago constar que en mi condición de Lector he analizado el Trabajo Final de Graduación para optar por el grado de Licenciado en Derecho denominado: *"Flujos transfronterizos de datos financieros: un reto para la competitividad de Costa Rica en el mercado globalizado"*, elaborado por las estudiantes María Gabriela Alfaro Mata, carné número A80190 y María Alejandra Arguedas Arguedas, carné número A80563.

Considero que la investigación reúne todos los requisitos de forma y fondo necesarios para ser sometida a Réplica ante el Tribunal Examinador, constituyendo un aporte académico valioso para un tema complejo como lo es el flujo transfronterizo de datos y sus implicaciones sobre el derecho a la autodeterminación informativa. Por ello le otorgo mi aprobación como Lector para los efectos que correspondan.

Sin otro particular,



Lic. Federico Torrealba Navas
Lector de tesis

San José, 11 de enero del 2015

Señor:

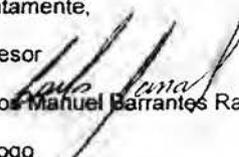
Dr. Ricardo Salas Porras
Director Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje de La Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, denominada "**Flujos Transfronterizos de Datos Financieros: un reto para la competitividad de Costa Rica en el mercado globalizado**", elaborada, por las estudiantes **María Gabriela Alfaro Mata y María Alejandra Arguedas Arguedas**, por lo tanto, puedo afirmar que está escrita correctamente, según las normas de nuestra Lengua Materna.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo de los autores.

Atentamente,

Profesor

Carlos Manuel Barrantes Ramirez

Filólogo

Cédula 1-0312-0358

Carné afiliado 16308 (Colegio de Licenciados y Profesores)

Cel. 8397-1348

DEDICATORIA

A mi familia,
por todo lo que esa palabra significa.

Alejandra.

DEDICATORIA

A mami.

Gaby.

AGRADECIMIENTOS

A mis papás, quienes se esforzaron por hacerme feliz y una persona íntegra. A mis hermanas, por enseñarme y acompañarme. A mi abuelincho, por aceptarme tal y como soy. A Luisi, por ser de corazón noble. A mi familia, por ser mi gran apoyo. A mis amigos, quienes hicieron mucho más fácil el recorrido. A Ale, por nuestra loca aventura.

Sin ustedes no lo hubiera logrado.

Gaby.

TABLA DE CONTENIDO

Dedicatoria.....	vi
Dedicatoria.....	vii
Agradecimientos.....	viii
Resumen.....	xii
Ficha Bibliográfica.....	xv
Introducción.....	1
Justificación.....	2
Hipótesis.....	5
Objetivo General.....	6
Objetivos Específicos.....	6
Metodología.....	7
Desarrollo Capitular.....	8
Capítulo Primero. La Protección de los Datos Personales en Costa Rica y Características de su Regulación.....	11
Sección Primera. Conceptualización y Caracterización de Datos Personales.....	11
Subsección Primera. Concepto de Datos Personales.....	11
Subsección Segunda. Clasificaciones de datos personales.....	14
Subsección Tercera. Etapas del tratamiento de datos personales.....	20
Sección segunda. El Derecho a la Autodeterminación Informativa.....	22
Subsección primera. Conceptualización del Derecho a la Autodeterminación Informativa.....	23
Subsección segunda. Principios propios del Derecho a la Autodeterminación Informativa.....	26
Subsección Tercera. Derechos del Titular.....	52
Subsección Cuarta. Fundamento Jurídico de la Protección de Datos.....	56
Subsección Quinta. Límites a la Autodeterminación Informativa.....	62
Subsección Sexta. Modelos de tutela del derecho a la Autodeterminación Informativa.....	65
Capítulo Segundo. Los Flujos Transfronterizos de datos personales.....	77
Sección Primera. Conceptualización y caracterización de flujos transfronterizos de datos personales.....	77

Subsección Primera. Concepto de flujos transfronterizos de datos personales.	77
Subsección Segunda. Principios propios de los flujos transfronterizos de datos personales.....	80
Sección Segunda. Los principales modelos de protección en materia de flujos transfronterizos	82
Subsección primera. El modelo de la Unión Europea.....	82
Subsección Segunda. El modelo estadounidense.....	93
Subsección Tercera. Un caso específico: Directrices de la OCDE	101
Capítulo Tercero. Los flujos transfronterizos y su relación con el sistema financiero.	109
Sección Primera: Normativa que regula el manejo de datos por parte de entidades financieras.....	109
Subsección primera. Las entidades Financieras.....	109
Subsección segunda. Consideraciones específicas sobre los datos derivados del comportamiento crediticio.....	121
Capítulo Cuarto. Los flujos transfronterizos de datos personales y su relación con el Derecho Tributario.	135
Sección primera. El deber de contribuir con los gastos públicos, y derivado de éste, el deber de colaboración tributaria.	135
Sección Segunda: Procedimiento Sancionador tributario: Particularidades Respecto de los Principios Inspiradores Del Derecho Penal	153
Subsección Primera: Principios y garantías del contribuyente en el procedimiento sancionador tributario: aplicación de los derechos, principios y garantías del Derecho Penal en el ámbito administrativo.	153
Subsección Segunda. Ilegalidad del uso de las declaraciones tributarias rendidas coactivamente para fines sancionatorios y penales.	163
Sección Tercera: Intercambio de información tributaria a nivel internacional.	179
Capítulo Quinto. El acuerdo de Asociación Centroamérica – Unión Europea en relación con los flujos transfronterizos de datos.....	216
Sección primera. Caracterización del Acuerdo en flujos transfronterizos.	216
Sección segunda. Costa Rica y el cumplimiento actual del Acuerdo en el tema de flujos transfronterizos.....	227
Sección Tercera. ¿Cómo se vería una regulación completa sobre flujos transfronterizos?	233
Subsección primera. Derecho Comparado.....	233
Subsección segunda. Propuesta de reforma.....	244

Conclusiones	252
Bibliografía	258
Libros.....	258
Trabajos Finales de Graduación.....	258
Normativa.....	258
Jurisprudencia.....	260
Artículos de Revista	262
Referencias electrónicas	263

RESUMEN

El fenómeno del flujo transfronterizo de datos financieros constituye un desafío para el Derecho. Por una parte, existe la necesidad de equilibrar el interés público que puede existir respecto a estos datos y, por otra parte, velar por el respeto a los derechos fundamentales de la persona propietaria de dicha información.

Costa Rica, como parte de una economía mundial, se ve expuesto a múltiples presiones, tanto políticas como económicas, parte de las cuales están relacionadas con el intercambio de información tributaria, lo cual representa un arma de doble filo, que de ser utilizada abusivamente, puede terminar por socavar los derechos fundamentales de las personas.

Existen legislaciones que históricamente han mostrado una preocupación mayor por la protección de datos personales, como es el caso de la Unión Europea, con quien Costa Rica suscribió un Acuerdo de Asociación, que además de contener temas comerciales, plasma una férrea preocupación por temas de derechos humanos, ya que entiende que lo primero no puede justificar el detrimento de lo segundo. La falta de cumplimiento del Acuerdo en temas de protección de datos, resta competitividad comercial al país en la esfera internacional.

Específicamente, la legislación costarricense no contempla el flujo transfronterizo de datos, por lo que es indispensable realizar mejoras a la legislación de manera que se garantice el cumplimiento de los derechos humanos.

Según lo anterior, se analizará el flujo transfronterizo de datos personales enmarcado en el contexto del intercambio de información financiera y bancaria a nivel internacional, y el estado de nuestra legislación interna al respecto; además se determinará si Costa Rica cumple con la condición de “regulación adecuada” utilizando como parámetro las referencias “a los más altos estándares internacionales” exigidos por el Acuerdo de Asociación suscrito entre Costa Rica y la Unión Europea; se evaluarán las limitaciones de la legislación costarricense en

materia de protección de datos personales, se expondrá la necesidad que representa para Costa Rica una legislación adecuada sobre flujo transfronterizo de datos y se determinarán las posibles violaciones a Derechos Humanos y a los derechos fundamentales que podría incurrir nuestro país de no adecuar su ordenamiento jurídico a uno que cumpla con los estándares a los que se ha comprometido a nivel internacional en cuanto a la protección de datos personales y de manera más concreto en cuanto a flujos transfronterizos.

Esto se realizará utilizando una metodología inductiva y cualitativa, según la cual se realizará un estudio pormenorizado de fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinarias que tienen incidencia sobre el tema a desarrollar.

Lo anterior para concluir que los datos financieros son datos personales, categorizados además como sensibles.

Se concluye también que existen límites al derecho a la autodeterminación informativa los cuales tienen su fundamento en el interés público; en este sentido, y para el caso concreto que nos ocupa, la Administración Tributaria puede solicitar información en poder de entidades financieras, esto siguiendo un procedimiento preestablecido por la normativa tributaria, este tema cobra especial relevancia en el caso de tratados de intercambio de información con otras jurisdicciones.

Los límites mencionados, no pueden ser interpretados en una medida que resulte más gravosa para el administrado de lo que justifica el fin público; de manera que estos límites no eximen del cumplimiento de las garantías y principios establecidos en nuestra normativa.

La Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, si bien contempla una serie de principios y derechos importantes, no regula específicamente el flujo transfronterizo, lo que da cabida a multiplicidad de riesgos, vaciando de contenido el derecho a la autodeterminación informativa, e

inclusive trastocando temas conexos, como lo es el derecho a la no autoincriminación.

La falta de regulación sobre este particular, hace que Costa Rica no ostente la condición de “legislación adecuada” y pueda incurrir en eventuales violaciones al Acuerdo de Asociación suscrito con Europa, como solución a lo cual se plantea una propuesta de reforma de ley.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Alfaro Mata, María Gabriela y Arguedas Arguedas, María Alejandra. Flujos transfronterizos de datos financieros: un reto para la competitividad de Costa Rica en el mercado globalizado. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2015. XV y 268.

Director: Dr. Alfredo Chirino Sánchez.

Palabras claves: protección de datos personales, autodeterminación informativa, flujos transfronterizos de datos personales, intercambio de información, transferencia internacional de datos personales, autoincriminación.

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual se caracteriza por lograr fundir los avances tecnológicos con nuestro diario vivir. Prácticamente, todas las áreas se ven afectadas por la tecnología, lo cual implica que, en ocasiones, se constituye como una herramienta para facilitar, y otras veces, un riesgo y una desventaja.

En un mundo donde la información tiene un precio muy alto y otorga poder, el desarrollo de la tecnología y su considerable bajo costo, facilita la transmisión de esa información de manera inmediata y cuantiosa. Lo anterior, conduce a grandes desafíos al Derecho para evitar violaciones de derechos fundamentales.

De esta situación fáctica devino la necesidad de tutelar de manera específica la protección a los datos de carácter personal, ya no solamente entendiéndose estos últimos como protegidos por el derecho a la intimidad, sino creando un derecho específico para su tutela, sea el derecho a la autodeterminación informativa.

Lo dicho lleva, también, una dialéctica intrínseca constante entre la tutela del Estado como garante de derechos, por ende, de intereses, de tipo individual – la protección del derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental de cada ser humano- y la tutela de intereses colectivos que, a la vez, tienen su base en el fin público, entendiendo que el Estado está obligado a garantizar el mayor bienestar para sus habitantes y esa obligación implica

garantizar estabilidad macroeconómica, la cual se ve traducida en parte como la aplicación de políticas fiscales correctas y un control riguroso de ingreso y salida de capitales con el objeto de mitigar riesgos financieros y evitar delitos económicos.

Todas esas consideraciones se ven acentuadas con el fenómeno del flujo transfronterizo de datos personales, situación que hace crecer de manera exponencial todos los eventuales riesgos conexos, y frente al cual nuestra legislación no prevé remedios específicos.

Costa Rica ha suscrito una serie de tratados que tienen como objeto el intercambio de información tributaria, dicho intercambio se considera una transferencia internacional de datos. Existe un riesgo inminente de que la información obtenida mediante estos instrumentos pueda ser utilizada en detrimento de los derechos de las personas.

JUSTIFICACIÓN

El flujo transfronterizo de datos personales es necesario en una sociedad globalizada. Sin embargo, debe regirse de manera tal que cumpla con los principios específicos del tema como lo son el principio de equivalencia y el principio de continuidad de la protección. No obstante, todavía existen muchos países que no prevén ni siquiera una regulación mínima en la materia.

Debido a esta falta de normativa, algunos países se ven obligados a negar las transferencias de datos personales que hayan sido objeto de tratamiento o hayan

sido recogidos para someterlos a un tratamiento en países que no proporcionen un nivel de protección similar con el que cuenta ese país. Lo anterior ha llegado a tener repercusiones principalmente comerciales.

El Estado debe promover el desarrollo, sin embargo no puede tratarse del desarrollo meramente económico, sino que por el contrario debe ser un desarrollo que garantice el mayor bienestar; no se puede concebir un bienestar que no tenga implícito, el respeto a otros derechos fundamentales. Se pretende lograr equilibrar la libre circulación de los datos con la protección efectiva de los derechos.

El flujo transfronterizo de datos financieros que no se encuentre debidamente regulado y al cual se le dé un tratamiento incorrecto es un problema por tres principales razones. La primera es que disminuye la protección jurídica de la información ciudadana de manera tal que pone al sujeto en un estado de vulnerabilidad, violentando su derecho a la autodeterminación informativa. La segunda razón conlleva una situación desventajosa en el contexto comercial, restándole competitividad al país porque se imposibilita su participación en transacciones comerciales internacionales que involucren datos personales, y específicamente en relación con la presente investigación, datos financieros. Además, si se toma como cierto que una protección efectiva de datos está directamente relacionada con una sociedad democrática, la falta de ella conlleva una afectación al sistema político que sostiene el Estado de Derecho.

El flujo transfronterizo de datos financieros representa un problema para tres sujetos del Derecho. El primero de ellos es para el Estado, tanto en su condición de sujeto público como de sujeto privado. Al Estado como institución en el tanto debe velar por legislar y garantizar un adecuado nivel de protección a sus ciudadanos. Como sujeto de derecho privado al ver disminuida su capacidad de competencia en el mercado global. El segundo sujeto sería el ciudadano en su carácter individual que ve menoscabado su derecho a la autodeterminación informativa. El dueño de los datos es el sujeto en cuestión y no quien posee la información, razón por la cual es el principal interesado a la hora de brindar un uso adecuado de ellos. El tercer sujeto serían los inversionistas ya que la gama de negociación a la que pueden tener acceso se ve restringida, por las prohibiciones o limitaciones que tienen ciertos países de no transferir datos a países con un nivel de protección nulo o inadecuado. La dimensión privada del problema es indudable, principalmente por las implicaciones comerciales de la tecnología de los nichos de mercado.¹

Esta situación afecta a nivel de competitividad pues los países necesitan una regulación de protección en la materia que sea considerada “adecuada” o de lo contrario países que exijan en sus legislaciones un nivel de protección similar no llevaran a cabo las transferencias, lo cual cerraría posibilidades con grandes bloques comerciales y económicos como la Unión Europea.

¹ López Garrido, Diego. “El proyecto de Ley de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal: la excepcionalidad como norma”. *Jueces para la democracia*. N° 13, 1991. Pág. 17-21. Pág. 17. Extraído de <file:///C:/Users/Gaby/Downloads/Dialnet-ElProyectoDeLeyDeRegulacionDelTratamientoAutomatiz-2528793.pdf> el 30/07/2014.

Esta investigación pretende establecer qué le hace falta a Costa Rica para considerarse como un país que brinde un manejo adecuado de flujos transfronterizos de datos, específicamente los financieros, con el propósito de aumentar su competitividad en un mercado globalizado sin dejar de lado la protección de datos vista bajo el prisma de los Derechos Humanos.

HIPÓTESIS

1. El fenómeno de intercambio de información financiera y bancaria propone retos muy importantes al Derecho, en especial, al derecho de protección de datos personales, esto en términos no solo de derechos fundamentales, sino también, de atención a importantes principios derivados de estándares internacionales. Tal situación afecta la capacidad de competitividad internacional del país, pues no se entiende ni a nivel de la praxis y de la jurisprudencia la relevancia del problema sobre los flujos transfronterizos, en especial, con países con estándares incluso inferiores al costarricense.
2. La situación de Costa Rica se agrava con la circunstancia de haber suscrito el acuerdo de asociación con Europa, que la compromete a un estándar mínimo que aún no se ha satisfecho, lo que podría implicar afectaciones a nivel tributario, arancelario y hasta de intercambio de información con Europa, que bien vale la pena evitar, pues éste es uno de los temas de intercambio comercial de la mayor importancia en cuanto al cumplimiento de los requisitos dichos.

3. Costa Rica debe adaptarse a un modelo jurídico de protección de datos personales que contemple los flujos transfronterizos, de manera tal que garantice el cumplimiento de los derechos fundamentales y, a su vez, permita la interacción estatal en un panorama económico mundial.

OBJETIVO GENERAL

Analizar el flujo transfronterizo de datos, en relación con la protección de datos personales, enmarcado en el contexto del intercambio de información financiera y bancaria a nivel internacional y sus repercusiones para el derecho interno

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Establecer si Costa Rica cumple con el parámetro que define los alcances e implicaciones del concepto de “regulación adecuada” en referencia al fenómeno de flujo transfronterizo de datos, basado en el Acuerdo de Asociación suscrito entre Costa Rica y Unión Europea.
2. Evaluar las limitaciones de la legislación costarricense en materia de protección de datos personales, específicamente, en el problema que conlleva el flujo transfronterizo de datos financieros y bancarios, al ser relacionados con el secreto bancario, las potestades tributarias del Estado y los derechos humanos.
3. Exponer la necesidad que representa para Costa Rica una legislación adecuada sobre flujo transfronterizo de datos partiendo del contexto de la economía globalizada y la competitividad financiera eficiente.

4. Determinar las posibles violaciones a Derechos Humanos y a los derechos fundamentales que podría incurrir nuestro país de no adecuar su ordenamiento jurídico a uno que cumpla con los estándares a los que se ha comprometido a nivel internacional en cuanto a la protección de datos personales y de manera más concreto en cuanto a flujos transfronterizos.

METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación es de tipo cualitativo. Este tipo de investigación se utiliza principalmente en las Ciencias Sociales, como lo es el Derecho. Según Roberto Hernández Sampieri y otros, este enfoque se concentra en la profundidad y la calidad de la información, lo cual es su objetivo principal, y no por el contrario, la cantidad. Este enfoque se utiliza para descubrir y establecer preguntas a lo largo de la investigación. Tiene, pues, un interés principal en “*los significados de las acciones humanas y de la vida social, y tener un tratamiento de los datos (...)*”².

Entre las características principales de este tipo de investigación podemos mencionar que es inductiva, es decir, que se utilizan premisas particulares para llegar a conclusiones generales. Además, los recursos cualitativos permiten llegar a una mejor comprensión de las interrogantes de por qué y para qué. Para el investigador cualitativo la realidad es holística, es decir multifactorial. Lo anterior se verá relegado en el trabajo, donde no sólo se tomará una perspectiva jurídica sino que además pretende incluir la social, la económica, la comercial, lo cual

² Hernández Sampieri, R; Fernández Collado, C; Baptista Lucio, P. *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill, México, 1997, p. 108.

permite que el trabajo por desarrollar sea completo y realmente provea una visión integral del problema por desarrollar.

Dentro de las fuentes primarias y secundarias que se utilizarán para la presente investigación, tenemos:

- a. Fuentes primarias: Doctrina nacional e internacional: se utilizarán libros, artículos de revistas, artículos digitales, medios de información, monografías y trabajos finales de graduación. Se recurrirá también a la jurisprudencia de los Tribunales nacionales e internacionales, y por último, la realización de entrevistas y estudios de campo afines a los temas de interés. La información proviene de diferentes bibliotecas como la de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, la Biblioteca Judicial Fernando Coto Albán, bases de libros digitales como Vlex y libros y artículos que se encuentran disponibles en internet.
- b. Fuentes secundarias: se utilizarán páginas Web de Instituciones especializadas sobre los temas relevantes de la investigación.

DESARROLLO CAPITULAR

Esta exposición, se seccionará, según cinco capítulos, a saber:

El primer capítulo se refiere a la protección de datos personales en Costa Rica, así como características de su regulación. Para ello, se conceptualizan y se caracterizan los datos personales, a través de su definición, sus distintas clasificaciones y las etapas por las cuales son tratadas. Seguidamente, se estudia

el derecho a la Autodeterminación Informativa, sección en la cual no sólo se conceptualiza sino que además se establecen y explican sus principios, los derechos del titular derivados del mismo, y su fundamento jurídico.

El segundo capítulo contempla los flujos transfronterizos de datos personales, estableciendo lo que se debe entender por el mismo y los principios propios. Además, explica los principales modelos regulatorios en cuanto al tema, pasando por la Unión Europea, Estados Unidos, y finalizando con lo establecido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

El tercer acápite expone la relación entre el flujo transfronterizo de datos y el sistema financiero, pormenorizando en una primera sección consideraciones sobre la normativa que regula a las entidades financieras, y en una segunda sección, temas específicos sobre los datos derivados del comportamiento crediticio.

El cuarto capítulo exterioriza la relación existente entre los flujos transfronterizos de datos personales y el derecho tributario. En una primera sección se estudiará el deber de contribuir con los gastos públicos, y derivado de éste el deber de colaboración tributaria, posteriormente en una segunda sección, se expondrán las particularidades del procedimiento sancionador tributario respecto de los principios inspiradores del proceso penal, específicamente en este punto se ahondará sobre los derechos y garantías del contribuyente, y se determinará la ilegalidad del uso de declaraciones rendidas coactivamente para fines sancionatorios y penales; finalmente en este acápite, en una tercera sección

se profundizará sobre el tema del intercambio de información tributaria a nivel internacional.

De seguido, en el quinto capítulo, se realiza una caracterización en materia de flujos transfronterizos del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea, posteriormente, se evalúa el cumplimiento del Acuerdo de Asociación por parte de Costa Rica, y finaliza con una propuesta de reforma a la actual Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, esto con el fin de generar una visión de lo que debería ser una regulación completa al respecto.

CAPÍTULO PRIMERO. LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN COSTA RICA Y CARACTERÍSTICAS DE SU REGULACIÓN.

La protección de datos personales se ha constituido como uno de los principales retos que han generado los avances tecnológicos al Derecho. En Costa Rica se ha establecido, vía legal y jurisprudencial, que goza del mayor fuero de protección posible al calificarlo como un Derecho Fundamental³.

Este primer capítulo está dividido en dos secciones. La primera versa acerca del concepto, las características, las clasificaciones y las etapas del tratamiento de los datos personales, para establecer un parámetro general de lo que se pretende abarcar en la investigación. La segunda sección comprende el Derecho a la Autodeterminación Informativa, enfocándose en el concepto, sus principios, su fundamentación legal, los límites que posee y los medios por los cuales se tutela.

SECCIÓN PRIMERA. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE DATOS PERSONALES

SUBSECCIÓN PRIMERA. CONCEPTO DE DATOS PERSONALES

³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968. Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales*. Diario Oficial La Gaceta. 07 de setiembre de 2011. Artículo 1°. Y entre otros: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución # 4847-99*. San José, a las dieciséis horas con veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve. Extraído de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&cmbDespacho=&txtAnno=&strNomDespacho=Sala%20Constitucional&nValor2=119380&lResultado=1&VolverIndice=IndiceDespSent¶m01=¶m2=37&strTipM=T&strDirSel=direc to el 27/11/2014.

Con el objetivo de delimitar el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico resulta indispensable conceptualizar y estandarizar los denominados datos personales.

La normativa nacional ha definido los datos personales como “*cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable*”⁴. Definiciones similares es posible encontrar en el Derecho Comparado, como por ejemplo, en México en donde se define datos personales como cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable.⁵

Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), en sus Directrices que regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales, los datos personales son cualquier información relacionada con un individuo identificado o identificable (sujeto de los datos).⁶

La definición de datos personales contenida en la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 Relativa A La Protección De Las Personas Físicas En Lo Que Respecta Al Tratamiento De Datos Personales Y A La Libre Circulación De Estos Datos reza: “*toda información sobre una persona física identificada o identificable (el "interesado"); se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o*

⁴ *Ibíd.* Artículo 3.

⁵ Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión. *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de particulares*. Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010. Artículo 3. Extraído de: <http://www.diputados.gob.mx/LevesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf> el 27/11/2014.

⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Directrices Relativas A La Protección De La Intimidad Y De La Circulación Transfronteriza De Datos Personales*. 23 de septiembre de 1980. Extraído de: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/15590267.pdf> el 27/11/2014.

*indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social*⁷.

Es menester hacer reflexión sobre la distinción entre estar identificado y ser identificable. Se tiene por “identificada” a una persona física cuando, dentro de un grupo de personas, se diferencia del resto; y por “identificable”, cuando es posible diferenciarlo, pero aún no se ha llevado a cabo la diferenciación. En virtud de los conceptos expuestos, no se requiere ser identificado para que pertenezca al ámbito de aplicación.

Es posible concluir que entre las definiciones que se han desarrollado, no existe una diferencia sustancial entre una y otra; incluso, se puede afirmar que las diferentes definiciones son amplias con el objetivo de permitir una interpretación y una aplicación extensiva que permita abarcar toda aquella información que sea posible vincular con una persona, y así lograr *“un equilibrio adecuado entre la protección de los derechos del interesado, por un lado, y los posibles intereses legítimos de los responsables del tratamiento de datos, las terceras personas y el interés público, por otro”*⁸.

Los datos personales son utilizados diariamente para desarrollar, prácticamente, cualquier actividad humana, y permiten generar elementos

⁷ El Parlamento Europeo Y El Consejo De La Unión Europea. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 Relativa A La Protección De Las Personas Físicas En Lo Que Respecta Al Tratamiento De Datos Personales Y A La Libre Circulación De Estos Datos*. Artículo 2. Extraído de: https://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/union_europea/directivas/common/pdfs/B.4-cp--Directiva-95-46-CE.pdf el 27/11/2014.

⁸ Grupo De Trabajo Del Artículo 29. *Dictamen 4/2007 Sobre El Concepto De Datos Personales*. Adoptado el 20 de junio de 2007. Página 5. Extraído de: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf el 27/11/2014.

diferenciadores entre distintos individuos. En tanto el dato personal tiene un factor de intercambio, éste va a adquirir en nuestra sociedad actual un valor económico importante, y debido a la facilidad con la cual es posible acceder a ellos, es que resulta indispensable su protección.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. CLASIFICACIONES DE DATOS PERSONALES

Debido a la amplitud del concepto de datos personales se requiere agruparlos y unificarlos de conformidad con características comunes.

Una de las principales clasificaciones es aquella que se da en atención a su confidencialidad, ya sea como datos públicos o datos privados⁹:

- **Datos públicos:** son aquellos datos conocidos por un descomedido número de personas sin conocimiento del titular y sin que necesariamente el titular esté al tanto de la fuente, o la manera como fue difundido el dato, o sin que pueda impedir que sea libremente divulgado dentro del respeto y la convivencia cívica.
- **Datos privados:** serán los datos personales que tienen reguladas y tasadas las situaciones o circunstancias en que el titular se ve obligado a ponerlos en conocimiento de terceros. Con respecto de este tipo de datos, la conciencia social se inclina a impedir su difusión y respetar la voluntad de

⁹ Martínez Gutiérrez, Rubén y Cantó López, María Teresa. *Temario de Derecho Informático (Relaciones Jurídicas Básicas). Tema 7 La protección de datos*. Universidad de Alicante. Departamento de Estudios Jurídicos del Estado, 2010. Página 2. Extraído de: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13057/8/TEMA%207%20RJB%20-%20La%20protección%20de%20datos.pdf> el 27/11/2014.

secreto sobre ellos de su titular. A su vez, los datos privados son divididos en dos.

- Íntimos: aquellos datos que el individuo pueda proteger de su difusión frente a cualquiera, pero que, de acuerdo con un fin determinado, esté obligado - por mandato legal - a dar periódica o regularmente, en cumplimiento de sus obligaciones cívicas.
- Secretos: los que el ciudadano no estará obligado a dar a nadie. Son los denominados por la doctrina como “datos sensibles”.

Otra clasificación es aquella que se da tomando en consideración las medidas de seguridad bajo las cuales son protegidos los datos y pueden ser de tres niveles: básico, medio o alto.¹⁰

- **Los datos de nivel básico:** son aquellos datos identificativos, características personales, circunstancias sociales o familiares, así como de empleo o puestos de trabajo anteriores.
- **Los datos de nivel medio:** son aquellos que tienen que ver con la comisión de infracciones administrativas o penales, información de solvencia patrimonial, financiera o créditos, los datos de los que sean responsables las administraciones tributarias, de las entidades gestoras y servicios de la Seguridad Social o mutuas de accidentes y enfermedades profesionales. También, se incluyen en esta categoría aquellos que

¹⁰ Cómo se clasifican los datos personales según la LOPD. 11/04/12. Extraído de: <http://www.bbvacontuempresa.es/legislacion/se-clasifican-los-datos-personales-segun-la-lopd> el 30/11/2014.

permitan evaluar determinados aspectos de la personalidad o comportamiento de las personas.

- **Los datos de nivel alto:** son los que se refieren a ideología, afiliación sindical, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual, los que contengan datos derivados de actos de violencia de género así como aquellos que hayan sido recabados para fines policiales.

La Sala Constitucional de Costa Rica ha establecido en diferentes ocasiones que existen categorías específicas de datos que no pueden ser guardados o tratados en bases de datos de carácter privado, y que deben ser de acceso restringido en los registros públicos. Esos datos son los que revelan origen racial, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas y espirituales, y datos personales relativos a la salud, vida sexual y antecedentes delictivos¹¹.

La Ley De Protección De La Persona Frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales (Ley número 8968) ha establecido una clasificación de datos personales en la cual los datos son sensibles, de acceso restringido, de acceso irrestricto o referentes al comportamiento crediticio¹².

Los datos son sensibles cuando revelan el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación social, y otros.

¹¹ Por mencionar una: Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica. *Resolución número 2006-05605*. San José, a las quince horas veinte minutos del veintiséis de abril del dos mil seis. Extraído de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=352700&strTipM=T&strDirSel=directo el 27/11/2014.

¹² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. Cit., Artículo 9.

Sin embargo, el derecho a la protección de los datos no es absoluto y la ley contempla como excepción aquellos casos en que el tratamiento de los datos sea necesario para amparar el interés vital del interesado o un tercero, en los casos en que el titular esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; cuando el tratamiento de los datos sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con los mismos, por razón de su finalidad y con tal de que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de las personas interesadas; el tratamiento se refiera a datos que la persona interesada haya hecho públicos voluntariamente o sean necesarios para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial; y, finalmente, aquellos casos en que el tratamiento de los datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un funcionario del área de la salud, sujeto al secreto profesional o propio de su función, o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto.

Son de acceso restringido aquellos datos que a pesar de encontrarse en registros públicos, únicamente son de interés para el titular o para la

Administración Pública. En estos casos, el tratamiento es válido cuando se tiene el consentimiento expreso del titular o para fines públicos.

Aquellos datos que se encuentren en las bases de datos públicas de acceso general son los conocidos como de acceso irrestricto. En esta categoría, se podría citar el nombre completo y el número de cédula. La dirección exacta de residencia, excepto si es por mandato, citación o notificación administrativa o judicial, o de una operación bancaria o financiera, la fotografía, los números de teléfonos privados no son parte de esta categoría.

Los datos referentes al comportamiento crediticio se regirán por las normas que regulan el Sistema Financiero Nacional, de modo que permitan garantizar un grado de riesgo aceptable por parte de las entidades financieras, sin impedir el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa ni exceder los límites de esta ley. Debido a la relevancia que adquiere este particular en el desarrollo de la investigación, el tema será ampliado con posterioridad.

Finalmente, se puede mencionar la clasificación facilitada por el llamado “Formulario Nota”, que es aquel que se utiliza para notificar la existencia de un fichero a la Agencia Española de Protección de Datos y tipifica los datos de la siguiente manera¹³:

- Datos especialmente protegidos: ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, salud y vida sexual.

¹³ ¿Qué son los datos de carácter personal?-LOPD. Extraído de: <http://cuidatusdatos.com/infodatospersonales.html> el 30/11/2014.

- Datos de carácter identificativo: NIF (número de identificación fiscal)/DNI (documento nacional de identidad), dirección, imagen, voz, número de seguridad social/mutualidad, teléfono, marcas físicas, nombres y apellidos, firma/huella, firma electrónica, tarjeta sanitaria.
- Datos relativos a las características personales: datos de estado civil, datos de familia, fecha de nacimiento, edad, sexo, nacionalidad, lengua materna, características físicas o antropométricas.
- Datos relativos a las circunstancias sociales: características de alojamiento, vivienda, situación familiar, propiedades, posesiones, aficiones y estilos de vida, pertenencia a clubes y asociaciones, licencias, permisos y autorizaciones.
- Datos académicos y profesionales: formación, titulaciones, historial del estudiante, experiencia profesional, pertenencia a colegios o asociaciones profesionales.
- Detalles del empleo: profesión, puestos de trabajo, datos no económicos de nómina, historial del trabajador.
- Datos que aportan información comercial: actividades y negocios, licencias comerciales, suscripciones a publicaciones, o medios de comunicación, creaciones artísticas, literarias, científicas o técnicas.
- Datos económicos, financieros y de seguros: ingresos, rentas, inversiones, bienes patrimoniales, créditos, préstamos, avales, datos bancarios, planes de pensiones, jubilación, datos económicos de nómina, datos deducciones

impositivas/impuestos, seguros, hipotecas, subsidios, beneficios, historial de créditos, tarjetas de crédito.

- Datos relativos a transacciones de bienes y servicios: bienes y servicios suministrados por el afectado, bienes y servicios recibidos por el afectado, transacciones financieras, compensaciones/indemnizaciones.

En materia de protección de datos, la necesidad de categorización surge como respuesta a los problemas que plantea en la práctica el manejo de datos personales, e intenta responder estableciendo el nivel de resguardo jurídico que cada uno de ellos debe tener en virtud de sus características específicas.

SUBSECCIÓN TERCERA. ETAPAS DEL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Se ha definido el tratamiento como *“cualquier operación o conjunto de operaciones aplicadas a datos personales: recolección, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción”*¹⁴.

La legislación nacional ha definido el tratamiento como *“cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas mediante procedimientos automatizados o manuales y aplicadas a datos personales, tales como la recolección, el registro, la organización, la conservación, la modificación, la*

¹⁴ Remolina – Angarita, Nelson. “¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, número 16. Enero-junio 2010. Página 493. Extraído de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n16/n16a15.pdf> el 27/11/2014.

extracción, la consulta, la utilización, la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a estos, el cotejo o la interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción, entre otros.”¹⁵

Indica Riascos Gómez que las etapas del procedimiento informatizado de datos son la fase inicial o de input, constituida por la recolección y organización de datos; fase de tratamiento informatizado propiamente dicho o fase in de datos, fase de salida de datos o fase output.¹⁶

De conformidad con lo expuesto por Zaballos Pullido las fases del tratamiento de datos personales son toma de datos, tratamiento de datos, utilización y en su caso comunicación.¹⁷

La primera etapa del tratamiento de los datos personales es cuando se recaban los datos del titular, puede ser de él directamente o a través de un tercero. Esa recolección puede ser mediante un individuo quien realiza preguntas o le solicita ciertos datos, o que se le solicite la información por un medio electrónico, sin perjuicio de otras. En considerables ocasiones los datos son recogidos a través de la Internet sin que exista conocimiento del titular de que están siendo captados, ya sea por redes sociales, comercio electrónico, u otros.

¹⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. Cit., Artículo 3

¹⁶ Riascos Gómez, Libardo Orlando. *El Derecho A La Intimidad, La Visión Iusinformática Y El Delito De Los Datos Personales*. Universidad De Lleida. Facultad De Derecho. Departamento De Derecho Público. Tesis para optar el título: Doctor en Derecho. Lleida (España), 1999. Página 102. Extraído de: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8137/Tlorg2de2.pdf?sequence=2> el 27/11/2014.

¹⁷ Zaballos Pulido, Emilia. *La Protección De Datos Personales En España: Evolución Normativa Y Criterios De Aplicación*. Memoria Para Optar Al Grado De Doctor. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2013: Página 163. Extraído de: <http://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf> el 27/11/2014.

En fin, existe una gran variedad de formas a través de las cuales los datos son recogidos, pero debe hacerse de forma tal que no se utilicen medios desleales, fraudulentos o contrarios a la ley.

El segundo momento o etapa es lo que se denomina ya el tratamiento en sí, implica someter a los datos a diversos procedimientos, que pueden ser automatizados o no, para registrarlos en una base de datos, donde son modificados, consultados, o utilizados en cualquier forma, siempre dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, la tercera fase en el tratamiento de los datos personales supone una utilización, una salida de los datos, que puede ser interna o externa. La utilización es interna cuando la entidad los trata para cumplir un determinado propósito, el cual debe corresponder con la finalidad por la que fueron recabados. La utilización es externa, cuando los datos salen fuera del responsable a un tercero, es decir, se difunden o distribuyen a otra entidad.

Independientemente de la fase del tratamiento de datos personales de la que se trate, es indispensable el cumplimiento de los principios de la protección de datos por el responsable. Lo anterior implica también, la observancia de las obligaciones exigibles, tanto internacionalmente como a nivel interno, sin ir en detrimento de las obligaciones y principios específicos para cada etapa.

SECCIÓN SEGUNDA. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

SUBSECCIÓN PRIMERA. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El interés por el estudio de los temas referentes a la autodeterminación informativa tomó auge al ponerse en evidencia los nuevos desafíos que representaron y representan aun actualmente las nuevas tecnologías de la información para el Derecho.

El derecho a la autodeterminación informativa fue considerado parte del derecho a la intimidad, sin embargo, la doctrina ha determinado que si bien, surge a partir del derecho a la privacidad, su evolución conlleva a un contenido más amplio y con elementos más complejos, colocándolo como un derecho autónomo e independiente. Mientras que la privacidad se limita a proteger el ámbito más íntimo de la vida privada, el derecho a la autodeterminación informativa protege toda aquella información personal.¹⁸

El derecho a la autodeterminación informativa puede ser definido “[...] Como un derecho autónomo que se concreta en el poder de disposición o control sobre los datos personales que ostenta el titular de los mismos y que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero o que datos

¹⁸ Guzmán García, María de los Ángeles. *El Derecho Fundamental A La Protección De Datos Personales En México: Análisis Desde La Influencia Del Ordenamiento Jurídico Español*. Memoria para optar por el grado de Doctor. Universidad Complutense De Madrid. Madrid, 2013. Página 117 - 118. Extraído de: <http://eprints.ucm.es/22817/1/T34727.pdf> el 27/11/2014.

puede ese tercero recabar, saber quién posee esos datos personales, y para qué, pudiendo oponerse ese titular a su posesión o uso”¹⁹

El flujo desmedido de información obliga al Derecho a tomar las medidas necesarias para proteger a la persona. Para ello, el derecho a la autodeterminación informativa se consolida como un derecho fundamental que permite controlar la información “propia” en aras de velar por el bien jurídico tutelado. Consiste en tener un ámbito de disposición sobre la información circulante frente al tratamiento de los mismos y garantizar que los datos sean exactos, completos y actuales y verificando que su obtención haya sido de manera leal y lícita.

El derecho a la autodeterminación informativa conlleva más que la protección del bien jurídico tutelado, implica una característica actual de un Estado Democrático y Social de Derecho, de ahí la importancia no sólo de velar por él a nivel de doctrina o normativa, sino que además, le corresponde a cada sistema judicial acatar con lo establecido, e incluso, en los casos en que no se encuentre específicamente tutelado, ser capaz de extenderse en aras de una eficaz protección.

Previo a la existencia de la Ley De Protección De La Persona Frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales y su respectivo reglamento, la

¹⁹ Veleiro, Belén. *La Adecuación A La Normativa De Protección De Datos De Carácter Personal*. Protección de datos de carácter personal y Sociedad de la Información. Protección de datos de carácter personal. Pág. 13. Extraído de: <http://vlex.com/vid/n-normativa-datos-car-aacute-personal-41421372> el 27/11/2014.

jurisprudencia costarricense estableció que “...*toda persona física o jurídica tiene derecho a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier registro o archivo, de toda naturaleza, incluso mecánica, electrónica o informatizada, sea público o privado. Tiene derecho a que esa información se destine y a que sea empleada únicamente para dicho fin, el cual dependerá de la naturaleza del registro en cuestión. Tiene derecho también a que la información sea rectificadora, actualizada, complementada o suprimida, cuando esta sea incorrecta o inexacta, o esté siendo empleada para fin distinto del que legítimamente puede cumplir. Es la llamada protección a la autodeterminación informativa de las personas, la cual rebasa su simple ámbito de intimidad*”²⁰.

Si bien, a nivel jurisprudencial se ha extendido el concepto de derecho a la autodeterminación informativa, tanto a la persona física como jurídica, la legislación costarricense lo limitó a la persona física:

“Es el derecho fundamental de toda persona física, a conocer lo que conste sobre ella, sus bienes o derechos en cualquier base de datos, de toda naturaleza, pública o privada, el fin para el cual está siendo utilizada o recabada su información personal, así como exigir que sea rectificadora, actualizada, complementada o suprimida, cuando la misma sea incorrecta o inexacta, o esté

²⁰ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica. *Resolución # 4847-99, Óp. cit.*

siendo empleada para un fin distinto del autorizado o del que legítimamente puede cumplir”²¹.

Finalmente, se puede concluir lo siguiente, “... el contenido fundamental del derecho a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea al Estado o a un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición o control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido al derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no, de los datos personales, requiere como complementos indispensables, por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a que usos los está sometiendo, y, por otro lado, el poder de oponerse a esa posesión y usos”²².

SUBSECCIÓN SEGUNDA. PRINCIPIOS PROPIOS DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

²¹ Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP. Reglamento A La Ley De Protección De La Persona Frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales. Publicado en el Alcance Digital n.° 42 a La Gaceta n.° 45 de 05 de marzo de 2013. Artículo 12. Extraído de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=NRA&nValor1=1&nValor2=74352&nValor3=91778&nValor4=-1&nValor5=2&nValor6=30/10/2012&strTipM=FA el 28/11/2014.

²² Veleiro, Belén. Op. cit., página 22.

A nivel nacional e internacional, se ha establecido una serie de principios que velan por el respeto al derecho a la autodeterminación informativa; que pueden encontrarse o no formalmente en el ordenamiento jurídico, y que se establecen como postulados fundamentales a la hora de legislar, interpretar o integrar el Derecho.

Existen varias clasificaciones propuestas, tanto a nivel legal, doctrinario, así como a manera de disposiciones de organismos internacionales, sin dejar de lado las clasificaciones nacidas de la praxis jurídica a nivel judicial, sean las derivadas de la jurisprudencia.

En Costa Rica, los principios establecidos a nivel legislativo y a nivel jurisprudencial muestran un grado importante de uniformidad, y en general concuerdan en el fondo con la corriente doctrinaria tomada como base para elaborar el presente apartado, esto con algunas salvedades sobre las cuales se llamará la atención más adelante.

Para los fines de esta investigación, resulta necesario al menos mencionar algunas de las clasificaciones que se consideran más útiles, incluyendo, tanto la expuesta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, así como la que ha sido plasmada en la Ley 8968, esto con el objeto de tener claro en qué dirección se ha decantado el derecho costarricense en cuanto al entendimiento del derecho a la autodeterminación informativa, así como con el fin de evidenciar las eventuales falencias que podría tener Costa Rica en cuanto a este particular

La ley referida instauro algunos principios básicos como lo son el del consentimiento informado y el de calidad de la información, el cual contiene a su vez los principios de actualidad, veracidad, exactitud y adecuación al fin. Sin embargo, como se verá en líneas posteriores, existe una serie de principios específicos no contemplados por la normativa costarricense, o por lo menos que no fueron contemplados de manera directa.

Por otra parte, y siempre en el ámbito nacional, la Sala Constitucional ha reconocido expresamente una serie de principios a los cuales se encuentra sujeto el derecho a la autodeterminación informativa, sean el de transparencia sobre el tipo, dimensión o fines del procesamiento de los datos guardados; el de correspondencia entre los fines y el uso del almacenamiento y empleo de la información; el de exactitud, veracidad, actualidad y plena identificación de los datos guardados; de prohibición del procesamiento de datos relativos a la esfera íntima del ciudadano por parte de entidades no expresamente autorizadas para ello; el uso acorde con el fin; y el de la destrucción de datos personales una vez que haya sido cumplido el fin para el que fueron recopilados; entre otros²³. Sin embargo, al igual que sucede con la legislación estos supuestos dejan fuera principios, que pretenden aumentar el nivel de protección en la materia, y además, sus enunciados no son los reconocidos internacionalmente.

Por principios se deben entender *“los enunciados generales a los que se subordina un conjunto de soluciones particulares. No han de confundirse con*

²³ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica. *Resolución # 4847-99, Óp. cit.*

*normas jurídicas, por amplias que estas sean. Tanto las normas como los principios son generales, pero una norma jurídica se establece para un número determinado de actos o de hechos, y solo rige para estos actos o hechos. Un principio, en cambio, comporta una serie indefinida de aplicaciones. Puede decirse así que las reglas jurídicas, son aplicaciones de los principios a no ser que establezcan excepciones a ellos. Los principios son, en consecuencia, los fundamentos mismos del sistema jurídico a partir de los cuales se despliega todo el aparato de las normas*²⁴ de forma que la búsqueda de una clasificación precisa no es un ejercicio bizantino, ya que son estos principios a los que se acude bien para enmendar lagunas en la ley, bien para interpretar correctamente la norma bajo estudio o en último caso para ser utilizados como fuente subsidiaria, y en ese sentido es preciso que los principios establecidos sean suficientes para afrontar la mayor cantidad posible de supuestos fácticos en los cuales se puede ver trastocado el derecho a la autodeterminación informativa.

*“El derecho a la protección de datos es de tipo genérico e instrumental, puesto que tutela una amplia gama de principios y derechos”*²⁵ y en este sentido las clasificaciones vienen a exponer- en parte- de manera sistematizada la forma en que debe ser entendida esta tutela.

En este orden de ideas, se considera valioso el estudio realizado por Pucinelli partiendo de la Ley Argentina número 2536 de Protección de Datos, ya

²⁴ Latorre, Ángel. *Introducción Al Derecho*, España: Ariel Derecho. 2006. Página 65.

²⁵ Puccinelli, Oscar R. *Protección de Datos de Carácter Personal*. Editorial Astrea. Argentina. 2004. Página 183

que establece los parámetros que debe seguir una clasificación para obtener un mayor grado de precisión en cuanto a las garantías otorgadas al titular de los datos personales, sin constituirse en una limitante a la libre circulación.

Como advertencia previa a lo que es propiamente la exposición de la clasificación citada, es necesario partir de que en materia de protección de datos, muchos de estos principios se encuentran interrelacionados entre sí, haciendo que exista una línea muy delgada entre uno y otro, y esto se debe precisamente a que su desarrollo tal y como lo indica la doctrina *“ha sido fruto de la relativamente rápida y ciertamente simétrica evolución del derecho a la protección de datos”*²⁶

Pucinelli incluye dentro de su clasificación -no sin dejar de hacer una crítica a la ley argentina- los que se exponen de seguido:

PRINCIPIO DE LICITUD.

El principio de licitud se aplica para los datos en sí, su recolección, el tratamiento que reciben y su transmisión o transferencia.

Este principio aplicado en la recolección de los datos, prohíbe su obtención fraudulentamente o a través de engaños, sino que debe ser a través de los medios permitidos por la normativa.

Además, los datos personales deben tratarse únicamente para la finalidad para la cual fueron obtenidos. Dicha finalidad debe ser determinada y legítima.

²⁶ Puccinelli, Oscar R., Óp. cit., página 184.

Los responsables deben tratar los datos personales de manera lícita, es decir, con apego a la normativa vigente.

La resolución 45/95 de las Naciones Unidas en diciembre de 1990, junta este principio con el de lealtad y establece que *“La información relativa a las personas no debe ser recogida o procesada por métodos desleales o ilegales, ni debe ser utilizada para fines contrarios a los fines y principios de la Carta de Naciones Unidas”*²⁷.

Según Pucinelli el principio contenido en la Ley Argentina²⁸, parece provenir con adaptaciones de los principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales de la ONU contenidos en el Convenio para la protección de las personas con respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado en 1981 por el Consejo de Europa²⁹

A nivel de legislación en Costa Rica no se contempla como tal el principio de licitud, sino que se hace referencia a él en el artículo de “Adecuación al fin” cuando se indica que *“Las bases de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes ni a la moral pública”*.³⁰

²⁷ Organización de las Naciones Unidas. *Directrices Para La Regulación De Los Archivos De Datos Personales Informatizados*. Adoptadas mediante resolución 45/95 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.

²⁸ *“La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia. Los archivos de datos no pueden tener finalidades contrarias a las leyes o a la moral pública”*

²⁹ Pucinelli, Oscar R., Óp. cit., página 189.

³⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. cit., Artículo 6.

Para Pucinelli, el principio de licitud, al menos como está contemplado en la ley Argentina, es redundante y su contenido podría haber sido tutelado en otras partes de ese texto, sin embargo, se reconoce que este principio representa un cúmulo de obligaciones para los responsables del fichero, y en ese sentido, debe de verse aparejado con el derecho de información del titular³¹.

Por lo dicho, se interpreta que su reconocimiento explícito no es indispensable, en tanto el ordenamiento jurídico visto de forma integral establezca claramente las obligaciones para los responsables del fichero. Se sobreentiende que deberá cumplirse con esas normas, lo que implica la obligación de actuar de acuerdo con la ley, que es lo que en el fondo significa el principio de licitud.

CALIDAD DE LOS DATOS

Siempre partiendo de la normativa argentina ya citada, ésta en su artículo 4 ³², indica en sus diferentes incisos, las atribuciones requeridas para el

³¹ Puccinelli, Oscar R., Óp. cit., página 189.

³² Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Ley 25326. Ley de Protección de los Datos Personales*. Extraído de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm> el 28/11/2014.

Artículo 4.

1. *Los datos personales que se recojan a los efectos de su tratamiento deben ser ciertos, adecuados, pertinentes, y no excesivos respecto al ámbito y finalidad para los que se hubieren obtenido.*

2. *La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos, o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley.*

3. *Los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención.*

4. *Los datos deben ser exactos y actualizarse en caso de que ello fuere necesario.*

5. *Los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompatibles deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados, por el responsable del archivo o base de datos cuando se tenga conocimiento de la inexactitud o carácter incompleto de la información de que se trate, sin perjuicio de los derechos del titular, establecidos en el artículo 16 de la presente ley.*

6. *Los datos deben ser almacenados de modo que permitan el ejercicio del derecho de acceso de su titular.*

cumplimiento de este principio. Pucinelli divide este texto, en varias secciones, según considera que cada una de estas responde a un inciso de la norma citada y así en orden de aparición enumera las siguientes: características que deben reunir los datos al ser recolectados (veracidad, adecuación, pertinencia y no excesividad respecto del ámbito y finalidad de registro); medios y formas prohibidas de recolección; licitud y lealtad; prohibición de utilizar los datos con finalidades distintas o incompatibles; exactitud o actualización de los datos; supresión, sustitución o integración de datos inexactos o incompletos; forma de almacenamiento y derecho de acceso; destrucción de datos innecesarios o impertinentes; y rol de la Dirección Nacional de Datos Personales.

Por su parte, nuestra legislación, de igual forma que la ley argentina expuesta por Pucinelli, incluye varios requisitos dentro del principio general de calidad de la información, según el cual *“Solo podrán ser recolectados, almacenados o empleados datos de carácter personal para su tratamiento automatizado o manual, cuando tales datos sean actuales, veraces, exactos y adecuados al fin para el que fueron recolectados.”*³³

De acuerdo con esta inteligencia, la Ley 8968 define los principios referidos, los cuales deben ser velados por el responsable de las bases de datos y las autoridades administrativas y judiciales, y que se citan, según su orden de aparición:

7. Los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recolectados

³³ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N° 8968, Óp. cit., artículo 6.

ACTUALIDAD

Este principio establece que los datos personales deben estar actualizados. Para ello, el responsable de la base de datos debe eliminar aquella información impertinente e innecesaria, en virtud de la finalidad para la que fueron recibidos y registrados.

La legislación costarricense es clara que no se puede guardar los datos personales después de diez años de transcurrido el hecho, ante cualquier tipo de afectación que le pueda generar a su titular, con excepción de lo dispuesto por normativa especial. Y que sólo en aquellos casos en que transcurrido el plazo, sea necesaria su conservación, entonces debe ser desasociada de su titular.³⁴

Los datos personales deben estar puestos al día, de manera tal que reflejen la situación actual del titular y éste no se vea menoscabado por información que no se encuentra correcta.

La no actualización de los datos puede perjudicar también al responsable, no sólo por la exposición a denuncias y su posterior responsabilidad, sino que también, dependiendo del uso de la información que le dé, puede implicar costes económicos en sus relaciones comerciales o no lograr cumplir con la finalidad para la que fueron recabados.

VERACIDAD

³⁴ Ídem.

Este principio exige que los datos sean veraces, es decir, deben representar la realidad. Por ello, veda la información distorsionada o que sea falsa o no represente la realidad. Se establece que cuando los datos falten a la verdad deberán ser modificados o suprimidos por el responsable.

EXACTITUD

Los datos de carácter personal deben ser exactos. La legislación costarricense establece que los responsables de la base de datos deben tomar las medidas necesarias para que aquellos datos que se encuentren inexactos o incompletos, en determinación con los fines por los cuales fueron recogidos o tratados, deben ser suprimidos o rectificadas.

Además, indica que en caso que los datos personales resulten ser inexactos, parcial o completamente, o se encuentren incompletos, deben ser eliminados o sustituidos de oficio por el responsable de la base de datos, por los datos rectificados, actualizados o complementados. Finalmente, indica que los datos tienen que ser eliminados cuando no medie un consentimiento informado o se encuentre prohibida su recolección.³⁵

Para la ONU, para cumplir con la garantía de exactitud, los responsables están obligados a comprobar periódicamente la exactitud y la pertinencia de los datos y garantizar que la información esté lo más completa posible.³⁶

ADECUACIÓN AL FIN

³⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. cit., artículo 6

³⁶ Organización de las Naciones Unidas, Óp. cit.

Los datos personales son compilados con un fin. Ese fin debe ser determinado, explícito, legítimo y no puede contrariar la ley o la moral pública.

Los datos personales no se pueden tratar para una finalidad distinta para la que fueron recogidos. Una vez que se han utilizado para el fin que fueron recolectados, los datos deben ser cancelados. Sin embargo, se permite el tratamiento posterior con fines históricos, estadísticos o científicos si se toman las medidas necesarias para velar y proteger los derechos que la normativa contempla.

En este punto es importante indicar que sin perjuicio de la totalidad de principios contenidos en el principio general de calidad de los datos, y sus diferentes variaciones, es visible que la doctrina le ha dado una relevancia especial al principio de finalidad.

“los fines deberán estar determinados previamente a su recogida, y su determinación deberá ser lo más precisa posible, ello al objeto de evitar posteriores utilizaciones incompatibles con el fin descrito, ya que cuanto más general sea el fin determinado más difícil será controlar y vigilar si los usos posteriores de los datos son incompatibles con el fin inicialmente previsto”.³⁷

Es posible identificar en la doctrina una cantidad importante de variaciones respecto del principio de calidad de los datos, en ese sentido, Pucinelli

³⁷ Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*. Dykinson. 2002. Madrid. Página 134. Extraído de: <http://books.google.es/books?id=CCVT48egc5MC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> el 28/11/2014.

advierde que es lógico establecer primero los principios generales, para luego adentrarse en las especificaciones de estos a los supuestos particulares, empero advierde de cierta forma que este afán por la meticulosidad no debe crear confusión, que lleve a su vez a problemas interpretativos y, por ende, a problemas en la aplicación de la norma.³⁸

Del anterior razonamiento se deriva contrario sensu que una buena ley será aquella que aunque general, esté sobriamente redactada de manera que se facilite su interpretación y consecuentemente su aplicación.

Finalmente, es menester indicar que *“La calidad de los datos supone el criterio protector genérico, en torno al cual se articulan una serie de garantías, que contribuyen a perfilar su concreto contenido. Pero [...] no deben entenderse aisladamente, sino que forman parte integrante de esa calidad, de esa esencia misma de los datos personales.”*³⁹

PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR

Este principio versa acerca de la autorización que debe dar el titular de los datos para permitir que estos sean objeto de tratamiento. Sin embargo, todavía no existe un consenso acerca de la manera como se debe otorgar el consentimiento.

³⁸ Puccinelli, Oscar R., Óp. cit., página 194.

³⁹ Sánchez Bravo, Álvaro A. *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*. Universidad de Sevilla. 1998. Páginas 181-182. Extraído de: http://books.google.co.cr/books?id=a_aZGybsCBMC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false el 28/11/2014.

Martínez Gutiérrez y Cantó López reconocen tres maneras distintas en las que se puede conceder el consentimiento: expresa, presunta y tácita.

“El consentimiento expreso puede hacerse por escrito, mediante comunicación telemática o por cualquier medio. Implícito o presunto cuando el consentimiento se deduce de los actos del interesado, por ejemplo a través de un formulario. Tácito cuando se deduce por la falta de actuación del interesado, por ejemplo cuando las compañías telefónicas utilizan los datos para promoción y publicidad de sus productos cuando concurre el silencio de los interesados”⁴⁰.

El consentimiento expreso es el que genera mayor seguridad jurídica al titular, ya que implica un acto positivo y declarativo. El consentimiento tácito es aquel que viene de la falta de pronunciamiento del titular, es decir, la aceptación del titular deviene de su silencio. El consentimiento tácito se encuentra regulado en diferentes legislaciones como la española, y en ese país, se tiene como válido a menos de que se traten de datos especialmente protegidos.

El consentimiento presunto deviene del comportamiento del titular. En el momento cuando el titular brinda la información que se le está solicitando, queda implícito que está permitiendo el tratamiento de estos, siempre y cuando, se le informe de las circunstancias del tratamiento. La voluntad no es expresa, sino manifestada a través de una actuación. Lo anterior, conlleva una inseguridad jurídica para el titular de los datos, exponiéndolo a un mal manejo o un manejo no autorizado de sus datos.

⁴⁰ Martínez Gutiérrez, Rubén y Cantó López, María Teresa, Óp. cit., página 5.

Nuestro ordenamiento jurídico ha definido el consentimiento como *“Toda manifestación de voluntad, expresa, libre, inequívoca, informada y específica que se otorgue por escrito, para un fin determinado, mediante la cual el titular de los datos personales o su representante, consienta el tratamiento de sus datos personales”*⁴¹.

La legislación señala que el consentimiento debe ser indicado de manera expresa, por escrito y que puede ser revocado de la misma manera, sin efecto retroactivo. Sin embargo, es clara en expresar que existen excepciones al consentimiento escrito en los casos en que haya una orden fundamentada dada por una autoridad judicial competente o por el acuerdo de una comisión especial investigativa de la Asamblea Legislativa cuando se encuentre en el ejercicio de su cargo, o cuando se trate de datos personales de acceso irrestricto, y por lo tanto, de acceso público general, o cuando exista un mandato constitucional o legal de brindar los datos.

Si bien, el consentimiento expreso es contemplado en nuestra normativa, el tácito y el presunto no se encuentran desarrollados ni en la ley general (la 8968), ni en el reglamento respectivo. Lo anterior, otorga seguridad jurídica al titular, la única posibilidad lícita de obtención de sus datos y de que sean sometidos a tratamientos, depende exclusivamente de su manifestación expresa o la de su representante.

⁴¹ Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP, Óp. cit., artículo 2.

Importante es destacar que la normativa Argentina establece que para que haya un consentimiento informado por parte del titular se debe proveer una explicación que sea conforme con el nivel social y cultural de éste, lo cual vela por el entendimiento del titular y su consentimiento libre de vicios o nulidades⁴².

Para algunos autores, *“el consentimiento previo e informado es el principio cardinal del tratamiento de datos de carácter personal, y fundamenta la autodeterminación informativa”*⁴³.

El consentimiento debe darse, tanto para el tratamiento como para la cesión a terceros. Aunque puede darse en un mismo momento. Sin embargo, el tema de la cesión se desarrollará más adelante.

INFORMACIÓN

Este principio es aquel que determina que las personas encargadas de recabar los datos deben proveer información sobre para qué utilizan esos datos, quiénes pueden recibirlos, dónde y por quién van a ser guardados, y si es obligatorio brindar la información solicitada. Ello debe ser realizado de manera previa a la entrega de los datos, y debe ser dada de manera expresa y clara.

Nuestra normativa contempla dentro del principio de consentimiento el hecho de que debe ser informado, y establece que es necesario informar previamente a los titulares o sus representantes de modo expreso, preciso e inequívoco de la existencia de una base de datos, de los fines por los cuales se

⁴² Puccinelli, Oscar R., Óp. cit., página 200.

⁴³ Ibid., página 202.

recoge los datos, el destinatario de la información, las personas que tendrán acceso a esa información, de si es obligatorio o facultativo responder las preguntas formuladas, del tratamiento que se le va a dar a esos datos, de las consecuencias de no brindar los datos, de la posibilidad de ejercer los derechos como titular, y la identidad y dirección del responsable de la base de datos⁴⁴.

CATEGORÍA DE LOS DATOS

La Sala Constitucional costarricense ha indicado que existen categorías específicas de datos que no pueden ser guardados o tratados en bases de datos de carácter privado, y que deben ser de acceso restringido en los registros públicos. Esos datos son aquellos, como se ha indicado anteriormente, que

⁴⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. cit., Artículo 5.

ARTÍCULO 5.- Principio de consentimiento informado

1.- Obligación de informar

Cuando se soliciten datos de carácter personal será necesario informar de previo a las personas titulares o a sus representantes, de modo expreso, preciso e inequívoco:

- a) De la existencia de una base de datos de carácter personal.
- b) De los fines que se persiguen con la recolección de estos datos.
- c) De los destinatarios de la información, así como de quiénes podrán consultarla.
- d) Del carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas a las preguntas que se le formulen durante la recolección de los datos.
- e) Del tratamiento que se dará a los datos solicitados.
- f) De las consecuencias de la negativa a suministrar los datos.
- g) De la posibilidad de ejercer los derechos que le asisten.
- h) De la identidad y dirección del responsable de la base de datos.

Cuando se utilicen cuestionarios u otros medios para la recolección de datos personales figurarán estas advertencias en forma claramente legible.

2.- Otorgamiento del consentimiento

Quien recopile datos personales deberá obtener el consentimiento expreso de la persona titular de los datos o de su representante. Este consentimiento deberá constar por escrito, ya sea en un documento físico o electrónico, el cual podrá ser revocado de la misma forma, sin efecto retroactivo.

No será necesario el consentimiento expreso cuando:

- a) Exista orden fundamentada, dictada por autoridad judicial competente o acuerdo adoptado por una comisión especial de investigación de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de su cargo.
- b) Se trate de datos personales de acceso irrestricto, obtenidos de fuentes de acceso público general.
- c) Los datos deban ser entregados por disposición constitucional o legal.

Se prohíbe el acopio de datos sin el consentimiento informado de la persona, o bien, adquiridos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos.

revelan origen racial, sus opiniones políticas, sus convicciones religiosas y espirituales, y datos personales relativos a la salud, vida sexual y antecedentes delictivos⁴⁵.

Como se estudió supra, la Ley ha establecido una clasificación de datos personales en la cual los datos son sensibles, de acceso restringido, de acceso irrestricto o referentes al comportamiento crediticio.

Los datos son sensibles cuando revelen el origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, espirituales o filosóficas, así como los relativos a la salud, la vida y la orientación sexual, y otros. No obstante, el derecho a la protección de los datos no es absoluto y la legislación determina como excepción aquellos supuestos en que el tratamiento de los datos sean necesarios para amparar el interés vital del interesado o un tercero, en los casos en que el titular esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento; el tratamiento de los datos sea efectuado en el curso de sus actividades legítimas y con las debidas garantías por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refiera exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares con la fundación, la asociación o el organismo, por razón de su finalidad y con tal de que los datos no se comuniquen a terceros sin el consentimiento de las personas interesadas; el tratamiento se refiera a datos que la persona interesada haya hecho públicos voluntariamente o sean necesarios

⁴⁵ Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica. *Resolución número 2006-05605*, Óp. cit.

para el reconocimiento, el ejercicio o la defensa de un derecho en un procedimiento judicial; y, el tratamiento de los datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un funcionario o funcionaria del área de la salud, sujeto al secreto profesional o propio de su función, o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto.

Se consideran datos de acceso restringido aquellos que a pesar de encontrarse en registros públicos, únicamente son de interés para el titular o para la Administración Pública. Para ellos, el tratamiento es válido cuando se tiene el consentimiento expreso del titular o para fines públicos.

Los datos que se encuentren en las bases de datos públicas de acceso general son los llamados de acceso irrestricto como por ejemplo, el nombre completo y el número de cédula. La dirección exacta de residencia, excepto si es por mandato, citación o notificación administrativa o judicial, o de una operación bancaria o financiera, la fotografía, los números de teléfonos privados no son parte de esta categoría.

El Sistema Financiero Nacional es quien se encargará de regir los datos referentes al comportamiento crediticio, de modo que admitan garantizar un grado de riesgo aceptable por parte de las entidades financieras, sin imposibilitar el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa ni exceder los límites de esta ley.

DATOS RELATIVOS A LA SALUD

Nuestra ley contempla los datos relativos a la salud dentro del campo de los datos sensibles, pero incluye una excepción y sería por la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un funcionario o funcionaria del área de la salud, sujeto al secreto profesional o propio de su función, o por otra persona sujeta, asimismo, a una obligación equivalente de secreto⁴⁶.

SEGURIDAD

“[...] el principio de seguridad entraña la obligación para el responsable del tratamiento de aplicar medidas técnicas y de organización adecuadas para la PDP [Protección de Datos Personales], contra la destrucción o pérdida accidental o ilícita de los datos, y contra la alteración, difusión o acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya su transmisión dentro de una red, y contra cualquier otro tratamiento ilícito”⁴⁷.

Estas medidas deben ser incorporadas dentro del diseño del sistema procesador y del proceso en sí. Se pretende entonces, no que se incorporen

⁴⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*. Óp. cit., Artículo 9.

⁴⁷ Agustín Millán Gómez, “Reconocimiento Normativo del Derecho a la Protección de los Datos Personales en el Ámbito Internacional” en *Retos de la Protección de Datos Personales en el Sector Público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal. Página 32. Extraído de: <http://www.infodf.org.mx/web/comsoc/campana/2012/LIbrodatosPweb.pdf> el 30/11/2014.

medidas al sistema, sino que se construya el sistema en torno a esas medidas, lo anterior se conoce como “*privacy-by-design*”⁴⁸.

El principio de seguridad abarca más allá de ciertas garantías jurídicas para el efectivo resguardo de los derechos de los titulares de datos personales frente a los riesgos que representa su tratamiento. Adicionalmente, suele imponerse por el legislador la adopción por parte del responsable del banco de datos de medidas de seguridad de diversa índole: físicas, referida a la infraestructura que las resguarda; lógicas, relativas a las precauciones técnicas adoptadas, y, jurídicas, o sea, de índole normativo.

Con respecto de este principio, la Organización de Naciones Unidas estableció que se “*Deben adoptarse medidas adecuadas para proteger los archivos tanto contra peligros naturales, como la pérdida o destrucción accidental, como humanos, como el acceso no autorizado, el uso fraudulento de los datos o la contaminación mediante virus informáticos.*”⁴⁹

El Artículo 10⁵⁰ de la Ley 8968 estableció que le corresponde al responsable de la base de datos adoptar las medidas técnicas y organizacionales

⁴⁸ Robinson, Neil, Hans Graux, Maarten Botterman and Lorenzo Valeri, *Review of the European Data Protection Directive*, Santa Monica, Calif.: RAND Corporation, 2009, página. 9. Extraído de: http://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR710 el 30/11/2014.

⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas, Óp. cit., Sección A punto 7.

⁵⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. cit., artículo 10. ARTÍCULO 10.- Seguridad de los datos

El responsable de la base de datos deberá adoptar las medidas de índole técnica y de organización necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, destrucción accidental o ilícita, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a esta ley.

que sean necesarias con el fin de garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y evitar su alteración, destrucción accidental o ilícita, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, así como cualquier otra acción contraria a la ley. Con respecto de las medidas, el numeral indica que se deben incluir mínimo, los mecanismos de seguridad física y lógica más adecuados de conformidad con el desarrollo tecnológico actual, para garantizar la protección de la información almacenada.

Además, prohíbe registrar datos personales en bases de datos que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad, así como la de los centros de tratamiento, equipos, sistemas y programas.

El Reglamento A La Ley De Protección De La Persona frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales adiciona que el responsable debe velar porque el encargado de la base de datos y el intermediario tecnológico cumplan con las medidas de seguridad, para el resguardo de la información⁵¹.

El artículo 35⁵² del Reglamento mencionado, establece que corresponde al responsable de la base de datos o del tratamiento determinar aquellas medidas

Dichas medidas deberán incluir, al menos, los mecanismos de seguridad física y lógica más adecuados de acuerdo con el desarrollo tecnológico actual, para garantizar la protección de la información almacenada.

No se registrarán datos personales en bases de datos que no reúnan las condiciones que garanticen plenamente su seguridad e integridad, así como la de los centros de tratamiento, equipos, sistemas y programas.

Por vía de reglamento se establecerán los requisitos y las condiciones que deban reunir las bases de datos automatizadas y manuales, y de las personas que intervengan en el acopio, almacenamiento y uso de los datos.

⁵¹ Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP, Óp. cit., artículo 34.

⁵² Ibid. Artículo 35

Artículo 35. Factores para determinar las medidas de seguridad.

de seguridad considerando la sensibilidad de los datos personales cuando la ley lo permita, el desarrollo tecnológico; las posibles consecuencias de una vulneración para los titulares de sus datos personales, el número de titulares de datos personales, las vulnerabilidades previas ocurridas en los sistemas de tratamiento o almacenamiento, el riesgo por el valor, cuantitativo o cualitativo, que pudieran tener los datos personales; y demás factores que resulten de otras leyes o regulación aplicable al responsable.

En aras de velar por la seguridad, física y lógica, indica el reglamento, el responsable de la base de datos deberá elaborar una descripción detallada del tipo de datos personales tratados o almacenados, crear y mantener actualizado un inventario de la infraestructura tecnológica, incluyendo los equipos y programas de cómputo y sus licencias; señalar el tipo de sistema, programa, método o proceso utilizado en el tratamiento o almacenamiento de los datos; contar con un análisis de riesgos, que consiste en identificar peligros y estimar los riesgos que podrían afectar los datos personales; establecer las medidas de seguridad aplicables a los datos personales, e identificar aquellas implementadas de manera efectiva; calcular el riesgo residual existente basado en la diferencia de las medidas de seguridad existentes y aquellas faltantes que resultan necesarias

El responsable determinará las medidas de seguridad, aplicables a los datos personales que trate o almacene, considerando los siguientes factores:

- a) La sensibilidad de los datos personales tratados, en los casos que la ley lo permita;
- b) El desarrollo tecnológico;
- c) Las posibles consecuencias de una vulneración para los titulares de sus datos personales.
- d) El número de titulares de datos personales;
- e) Las vulnerabilidades previas ocurridas en los sistemas de tratamiento o almacenamiento;
- f) El riesgo por el valor, cuantitativo o cualitativo, que pudieran tener los datos personales; y
- g) Demás factores que resulten de otras leyes o regulación aplicable al responsable.

para la protección de los datos personales; elaborar un plan de trabajo para la implementación de las medidas de seguridad faltantes, derivados del resultado del cálculo del riesgo residual⁵³.

Las medidas de seguridad deben ser actualizadas en los casos que se modifiquen las medidas o procesos de seguridad para su mejora continua, derivado de las revisiones a la política de seguridad del responsable; se produzcan modificaciones sustanciales en el tratamiento o almacenamiento, que deriven en un cambio del nivel de riesgo; se modifique la plataforma tecnológica; se vulneren los sistemas de tratamiento o almacenamiento de datos personales, o, exista una afectación a los datos personales, distinta de las anteriores⁵⁴.

En el caso de datos personales sensibles, cuando la ley lo permita, el responsable de la base de datos deberá revisar y, en su caso, actualizar las medidas de seguridad correspondientes, al menos una vez al año⁵⁵.

En cuanto se dé una vulnerabilidad en la seguridad o que se tenga conocimiento del hecho, la ley indica que el responsable de la base de datos debe informar en un plazo de cinco días hábiles al titular sobre cualquier irregularidad ya sea en el tratamiento como en el almacenamiento, incluye pérdida, destrucción, extravío, y otras, para que ellos puedan tomar las medidas correspondientes. También, en el plazo de cinco días se deberá proceder con una

⁵³ Ibid. Artículo 36.

⁵⁴ Ibid. Artículo 37

⁵⁵ Ídem.

revisión exhaustiva para determinar la magnitud de la afectación, y las medidas correctivas y preventivas que correspondan⁵⁶.

DEBER DE CONFIDENCIALIDAD

Este principio ha sido definido como *“la abstención de comunicar por cualquier medio el contenido de las informaciones a las que hubieran accedido en virtud de sus labores específicas, y con independencia de su carácter de reservado o no”*⁵⁷.

La Ley define el deber de confidencialidad como la *“obligación de los responsables de bases de datos, personal a su cargo y del personal de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab), de guardar la confidencialidad con ocasión del ejercicio de las facultades dadas por esta ley, principalmente cuando se acceda a información sobre datos personales y sensibles. Esta obligación perdurará aun después de finalizada la relación con la base de datos”*⁵⁸.

Sin embargo, a su vez, establece excepciones al principio al indicar en el artículo 11⁵⁹, que los obligados al secreto profesional o funcional se les levanta la obligación por una decisión judicial en lo estrictamente necesario y dentro de la causa que se está conociendo.

⁵⁶ Ibid. Artículo 38.

⁵⁷ Oscar R. Puccinelli, *Óp. cit.*, página 234.

⁵⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, *Óp. cit.*, artículo 3 inciso f.

⁵⁹ Ibid. Artículo 11.

ARTÍCULO 11.- Deber de confidencialidad

La persona responsable y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligadas al secreto profesional o funcional, aun después de finalizada su relación con la base de datos. La persona obligada podrá ser relevado del deber de secreto por decisión judicial en lo estrictamente necesario y dentro de la causa que conoce.

CESIÓN

Se trata de aquellos casos en que los datos son revelados a una persona que no es ni el titular ni el encargado, sino que corresponde a una tercera persona. Para que se dé la cesión es indispensable el consentimiento del titular.

La Sala Constitucional de Costa Rica ha establecido con respecto de este principio que *“Los datos de carácter personal conservados en archivos o bases de datos públicos o privados, sólo podrán ser cedidos a terceros para fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario, con el previo consentimiento del afectado. Lo independientemente de la titularidad pública o privada del fichero. El consentimiento para la cesión podrá ser revocado, pero la revocatoria no tendrá efectos retroactivos”*.⁶⁰

Pucinelli recalca que debe haber una compatibilidad entre el fin por el cual se recolectó la información con el fin de la cesión, lo cual alcanza también aquellas cesiones que pretenda hacer el cesionario⁶¹.

TRANSFERENCIA INTERNACIONAL

La transferencia internacional se da cuando la información se transmite de un país a otro. En principio, la información debería fluir libremente, sin embargo, con la intención de velar por la protección de los datos, se ha tenido que limitar ese movimiento internacional.

⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 11569-2005*. San José, a las nueve horas con cuatro minutos del veintinueve de agosto de dos mil cinco. Extraído de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=330293&strTipM=T&strDirSel=directo el 28/11/2014.

⁶¹ Puccinelli, Oscar R, *Óp. cit.*, página 237.

“la comunicación de datos no puede ni debe, en principio, estar restringida a los límites territoriales de un Estado. ... Sin embargo, no todos los países han dictado reglas protectoras de estos datos, y en muchos de los que tienen regulación al respecto, la cobertura es parcial o diferente, lo que de hecho inhibe el libre flujo e impide el desarrollo de los pueblos, particularmente los más desfavorecidos, al obstruir, entre otras cosas, el comercio internacional (en especial el electrónico)”⁶².

La Organización de Naciones Unidas ha establecido que *“Cuando la legislación de dos o más países afectados por un flujo transfronterizo de datos ofrezca salvaguardas similares para la protección de la intimidad, la información debe poder circular tan libremente como dentro de cada uno de los territorios afectados. En caso de que no existan salvaguardas recíprocas, no deberán imponerse limitaciones indebidas a tal circulación, sino solamente en la medida en que lo exija la protección de la intimidad.”⁶³.*

En Costa Rica, la Ley 8968 contiene una regla general en su artículo 14⁶⁴, según la cual los responsables de las bases de datos, únicamente pueden transferir datos de éstas, cuando el titular expresamente haya autorizado la transferencia y sin violentar ninguno de los principios o derechos contenidos en la ley.

⁶² Ibid. Página 252

⁶³ Organización de las Naciones Unidas, Óp. cit.

⁶⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968, Óp. cit.*, artículo 14.

ARTÍCULO 14.- Transferencia de datos personales, regla general

Los responsables de las bases de datos, públicas o privadas, solo podrán transferir datos contenidos en ellas cuando el titular del derecho haya autorizado expresa y válidamente tal transferencia y se haga sin vulnerar los principios y derechos reconocidos en esta ley.

Además, en el numeral 31 establece como falta gravísima cuando se transfiere a bases de datos de terceros países, información de costarricenses o extranjeros radicados en el país cuando no medie consentimiento del titular.

Este principio es eje central para el desarrollo de la investigación y será tratado a lo largo de ella.

SUBSECCIÓN TERCERA. DERECHOS DEL TITULAR

Los derechos del titular de datos personales son ampliamente conocidos como los Derechos ARCO. Son un conjunto de derechos que permiten garantizar al titular el control que dispone sobre sus propios datos.

Sólo el titular o su representante pueden hacerlos exigibles.⁶⁵ En caso de fallecimiento, la legislación consiente algunos casos en que los herederos o sucesores pueden ejercer los derechos.

ACCESO

Este derecho permite al titular acceder a su información que se encuentra en manos de terceros. Para ello se admite comunicarse con el responsable de las bases de datos para averiguar cuáles datos tiene y en qué estado, si están siendo objeto de tratamiento, la manera como fueron obtenidos los datos y quiénes han tenido acceso a ellos.

⁶⁵ Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP, Óp. cit., artículo 15.

Los derechos de acceso, rectificación, modificación, revocación o eliminación, se ejercerán por el titular o su representante, previa acreditación de la titularidad o de la representación.

La normativa costarricense prevé el derecho al acceso⁶⁶, a título gratuito y determina que el titular podrá realizar las consultas mínimo cada seis meses, excepto que fundamente sus motivos y pruebas por los cuales considera que están siendo mermados sus derechos. Si el responsable de la base de datos considera que los motivos no son de recibo y que se está dando un uso abusivo del derecho, eleva el asunto ante la PRODHAB, en un plazo de cinco días hábiles, quien resuelve con término de diez días hábiles.⁶⁷

RECTIFICACIÓN

Los titulares de los datos personales tienen derecho a rectificar su información personal en todo momento⁶⁸, cuando ésta se encuentre incompleta o

⁶⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968, Óp. cit.*, Artículo 7.1

1- Acceso a la información

La información deberá ser almacenada en forma tal que se garantice plenamente el derecho de acceso por la persona interesada.

El derecho de acceso a la información personal garantiza las siguientes facultades del interesado:

a) Obtener en intervalos razonables, según se disponga por reglamento, sin demora y a título gratuito, la confirmación o no de la existencia de datos suyos en archivos o bases de datos. En caso de que sí existan datos suyos, estos deberán ser comunicados a la persona interesada en forma precisa y entendible.

b) Recibir la información relativa a su persona, así como la finalidad con que fueron recopilados y el uso que se le ha dado a sus datos personales. El informe deberá ser completo, claro y exento de codificaciones. Deberá estar acompañado de una explicación de los términos técnicos que se utilicen.

c) Ser informado por escrito de manera amplia, por medios físicos o electrónicos, sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento solo comprenda un aspecto de los datos personales. Este informe en ningún caso podrá revelar datos pertenecientes a terceros, aun cuando se vinculen con la persona interesada, excepto cuando con ellos se pretenda configurar un delito penal.

d) Tener conocimiento, en su caso, del sistema, programa, método o proceso utilizado en los tratamientos de sus datos personales.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.

⁶⁷ Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP, *Óp. cit.*, artículo 21.

⁶⁸ *Ibid.* Artículo 23.

Derecho de rectificación.

El titular podrá solicitar en todo momento al responsable, que rectifique sus datos personales que resulten ser inexactos, incompletos o confusos.

inexacta⁶⁹. Entonces, se insta al responsable que los corrija, de esa manera se garantiza la certeza de la información.

Para exigir la rectificación el titular, su representante o heredero debe indicar cuáles datos se desean rectificar, indicar la corrección y presentar pruebas procedentes a la corrección⁷⁰.

CANCELACIÓN

El titular de los datos personales puede solicitar la eliminación de sus datos cuando sean inadecuados o excesivos, en fin, cuando considere que su contenido o tratamiento atenta contra la normativa existente.

En la legislación costarricense, el derecho de cancelación no se encuentra regulado como tal, sino que ha sido insertado dentro del de rectificación. Sin embargo, la doctrina ha aclarado que se tratan de derechos distintos

“Según Serrano Pérez (SERRANO PÉREZ, M. (2003): El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado. Thomson Civitas. Madrid. Páginas 357 y 358), la diferencia fundamental entre ambos es que mientras que el derecho de cancelación se ejercita cuando nos encontramos frente a un tratamiento ilegítimo de datos, el de rectificación procede cuando existe constancia de una

⁶⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968, Óp. cit.*, artículo 7.2

2.- Derecho de rectificación

Se garantiza el derecho de obtener, llegado el caso, la rectificación de los datos personales y su actualización o la eliminación de estos cuando se hayan tratado con infracción a las disposiciones de la presente ley, en particular a causa del carácter incompleto o inexacto de los datos, o hayan sido recopilados sin autorización del titular.

Todo titular puede solicitar y obtener de la persona responsable de la base de datos, la rectificación, la actualización, la cancelación o la eliminación y el cumplimiento de la garantía de confidencialidad respecto de sus datos personales.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo, en el caso de datos de personas fallecidas, le corresponderá a sus sucesores o herederos.

⁷⁰ Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP, *Óp. cit.*, artículo 24.

*inexactitud o carencia. Los resultados de ambos derechos también son diferentes. El primero dará lugar a la cancelación o supresión del dato. El segundo finalizará con la corrección de la información”.*⁷¹

El ordenamiento jurídico costarricense menciona en diferentes artículos el bloqueo de los datos, empero, obvia entrar en detalles sobre en qué consiste o en cuáles casos se debe aplicar. En México, *“la eliminación de los datos personales no siempre procede de manera inmediata, pues a veces es necesaria la conservación de los mismos con fines legales, de responsabilidades o contractuales. A este periodo la Ley le denomina bloqueo, y durante el mismo tus datos personales no podrán ser utilizados para ninguna finalidad, y una vez concluido deberán ser eliminados”*⁷².

OPOSICIÓN

El derecho de oposición consiste en que el titular se niega al tratamiento de sus datos personales o exige su cese con base en un motivo legítimo y fundado

*“El derecho de oposición consiste en la negativa a la continuación del tratamiento o al rechazo a las finalidades concretas del tratamiento y la cancelación genérica de los datos respecto de los datos que pudieran estar sometidos al mismo”*⁷³.

Este derecho no se encuentra regulado expresamente como tal en Costa Rica. Sin embargo, de la lectura a la Ley 8968 es posible concluir que debido a la

⁷¹ Zaballos Pulido, Emilia, Óp. cit., página 314.

⁷² Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de datos. *Guía práctica para ejercer el Derecho a la Protección de Datos Personales*. México, 2012. Página 8. Extraído de: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/01GuiaPracticaEjercerelDerecho.pdf> el 30/11/2014.

⁷³ Martínez Gutiérrez, Rubén y Cantó López, María Teresa, Óp. cit., página 11.

necesidad de un consentimiento expreso por parte del titular, y además, la posibilidad de éste de exigir la supresión de los datos personales cuando así esté permitido, el derecho de oposición se encuentra vigente en la normativa costarricense.

Existe otra serie de facultades que han sido reconocidas en el derecho comparado como lo es el derecho de impugnación de valores, el derecho de consulta, el derecho de indemnización o el derecho de reclamación y la tutela de los derechos⁷⁴. No obstante, *“Evidentemente estos derechos secundarios no disfrutan del mismo régimen que los derechos ARCO, ya que son éstos últimos los que conforman el núcleo del derecho fundamental a la protección de datos.”*⁷⁵

SUBSECCIÓN CUARTA. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

En Costa Rica, la materia de protección de datos ha sido desarrollada principalmente como creación jurisprudencial, pues no se contempla de manera expresa e inequívoca en la Constitución Política.

Sin embargo, es a través de la interpretación y a partir, principalmente, del artículo 24 de la Constitución Política⁷⁶ que la Sala Constitucional fue instaurando un marco regulatorio en materia de protección de datos y

⁷⁴ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Publicada en BOE n. 298 de 14/12/1999

⁷⁵ Zaballos Pulido, Emilia, Óp. cit., página 295.

⁷⁶ *“Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas y orales de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley fijará los casos en que los tribunales de justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.*

Igualmente la ley fijará los casos en que los funcionarios competentes podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos, como medida indispensable para fines fiscales.

La correspondencia que fuere sustraída, de cualquier clase que sea, no producirá efecto legal.”

estableciendo una serie de lineamientos para hacer efectivo ese derecho, el cual consideró (esta Sala) como derivado del derecho a la intimidad y lo ha definido en su acepción más general como *“el derecho de toda persona a tener conocimiento de los datos que sobre ella consten en un registro o archivo de cualquier naturaleza, así como del uso que se dará a dicha información. Asimismo, se ha sostenido que el derecho mencionado, faculta a la persona a actualizar, rectificar, o eliminar aquella información que no sea correcta o exacto, así a que ésta no sea empleada para un fin diverso al que legítimamente debería cumplir.”*⁷⁷

La protección de datos ha ido evolucionando, inicialmente se ubicaba en el ámbito del derecho a la intimidad, actualmente se reconoce como un derecho autónomo, llámese autodeterminación informativa. La evolución se debe a la insuficiencia de los derechos tradicionales, especialmente el de la intimidad, para explicar el objeto de la protección de datos, por tratarse de un ámbito más global en el que se pretende garantizar valores como la libertad, la dignidad, la identidad, e inclusive, la propia personalidad.⁷⁸

“Tradicionalmente la protección de los datos personales ha estado vinculada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Así aparece recogido en diversos textos internacionales que lo configuran como un derecho singular que emerge como facultad de autodeterminación de la persona frente al desarrollo de la informática y la telemática que, como se sabe, permite la

⁷⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución # 4847-99, Óp. cit.

⁷⁸ Prieto Gutiérrez, Jesús María. *Objeto Y Naturaleza Jurídica Del Derecho Fundamental A La Protección De Datos Personales* (y II). Boletín núm. 1973, Página 20. Extraído de: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344079582?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content> el 28/11/2014.

recogida masiva de datos de los individuos y su tratamiento. A pesar de esta circunstancia, conviene distinguir entre el derecho a la intimidad personal y familiar, de los derechos relativos al acceso y protección de datos. La diferencia radica en que mientras el primero está dirigido a proteger a la persona frente a cualquier invasión que pueda realizarse en el ámbito de su vida personal y familiar (que la misma desee excluir del conocimiento ajeno), el segundo y el tercero persiguen garantizar al individuo un poder de control o disposición sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para su dignidad y derecho.”⁷⁹

La jurisprudencia, al igual que la doctrina, entendió que existen supuestos de hecho para los cuales el concepto de derecho a la intimidad resulta insuficiente, dando entonces paso al nacimiento formal del derecho a la autodeterminación informativa, así mismo, se evidenció que la obtención de la información que necesita el Estado para su funcionamiento, está sujeta a los límites que garanticen los derechos de los habitantes.

“La Constitución Política de Costa Rica establece en sus artículos 23 y 24 una tutela de la intimidad circunscrita, de una manera un tanto inflexible, a los documentos privados, al hogar (domicilio) y a las comunicaciones telefónicas. Por esa razón, junto a la intimidad personal y familiar, la Sala Constitucional ha tenido que entretejer una red mucho más compleja de intereses de tutela que exceden la

⁷⁹ Gutiérrez Castillo, Víctor Luís. “Aproximación A La Protección Jurídica Internacional Del Derecho De Acceso Y Protección De Datos En Europa”. *Derecho y conocimiento*, volumen 3, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Página 2. Extraído de: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC03/DYC003_A04.pdf el 28/11/2014.

visión tradicional y limitada de la intimidad como extensión de la propiedad y de los recintos privados donde se desarrolla la vida personal. Se trata, entonces, de vislumbrar nuevos contextos sociales de interacción y comunicación donde esta privacidad decimonónica y limitada, a la que tienden los artículos 23 y 24, resulta insuficiente e insatisfactoria”⁸⁰.

El derecho a la autodeterminación informativa es un derecho autónomo con una doble dimensión. Sustancial como derecho en sí mismo, e instrumental, es decir, como soporte para la cobertura tuitiva de otros derechos como intimidad, honor, dignidad⁸¹.

Ha sido expresamente reconocido también, en nuestra jurisprudencia constitucional, que los principales retos en cuanto a la tutela efectiva del derecho a la autodeterminación informativa están íntimamente ligados con el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información.

“(…) Lo que hoy conocemos como ‘sociedad informatizada’ plantea nuevos retos al concepto clásico del derecho a la intimidad. (...) En la actualidad, la doctrina nacional y extranjera, admite que la manipulación de la información posibilita el control sobre el ciudadano como una alternativa real y efectiva. De tal manera que los derechos individuales de los ciudadanos puedan quedar

⁸⁰ Chirino Sánchez, Alfredo. “La Protección de Datos al Amparo de la Constitución Política” en *Constitución y Justicia Constitucional*. página 335.

⁸¹ Bázan, Víctor. “El Hábeas Data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XVIII. pp 37-76. Bogotá. Página 70. Extraído de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr4.pdf> el 28/11/2014.

prácticamente sin contenido efectivo. Así ocurre, cuando se desarrollan perfiles de las personas utilizando información aislada y aparentemente inofensiva, como edad, sexo, dirección, educación, estado civil, preferencias, entre otros muchos. En algunas situaciones esta información es factible utilizarla para definir a los ‘sospechosos’ o a aquellos considerados ‘políticamente inapropiados’, lo cual implica, que las personas así catalogadas sean excluidas de un papel activo en la sociedad. La informática, no sólo representa uno de los más grandes avances del presente siglo, sino que pone en evidencia las posibilidades de inspección de la vida interior de las personas, desde este punto de vista, la personalidad de los ciudadanos y su fuero interno cada vez se hacen más transparentes. Esta situación hace necesario que los derechos fundamentales amplíen también su esfera de protección.”⁸²

En otra sentencia, la Sala Constitucional se refirió nuevamente a los riesgos que puede suponer para el individuo el procesamiento de sus datos personales, su tratamiento en grandes bases de datos y su difusión en la sociedad de información tecnológica, y también se pronunció sobre cómo el concepto clásico de derecho a la intimidad es superado por el derecho a la autodeterminación informativa, en aras de proteger al ser humano ante estos nuevos riesgos. Así indicó:

⁸² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 1345-98*. San José, a las once horas treinta y seis minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Extraído de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=114277&strTipM=T&lResultado=1 el 28/11/2014.

*“(...) Los grandes avances tecnológicos logrados a partir de la segunda mitad del siglo XX, han generado un aumento en el caudal de datos de los habitantes de un país que se almacenan en bancos de datos estatales y privados. Asimismo, con el paso del tiempo crecen las posibilidades de acceder y transferir información de una base a otra. En virtud de este incremento en magnitud y calidad de los datos, surge la posibilidad y el peligro de que sean incorrectamente asentados, procesados o difundidos, con el correspondiente menoscabo del derecho a la intimidad de las personas. **Precisamente ante esta realidad, el concepto clásico de derecho a la intimidad resulta insuficiente para confrontar los retos que tiene la nueva sociedad de la información. Por ello, el concepto de cita ha sido reemplazado por el derecho a la autodeterminación informativa, el cual tiene como objeto proteger la información de carácter sensible, frente a su uso indiscriminado. (...) En ese sentido, conviene mencionar que si bien el Estado Moderno requiere para su adecuado funcionamiento de una serie de datos de índole económica, sanitaria, fiscal, entre otros, lo cierto es que dicha información no puede obtenerse sin que existan límites que garanticen el derecho de los habitantes a que ciertos datos no lleguen a dichas bases.**”⁸³*

⁸³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 2010-008782*. San José, a las once horas veintiséis minutos del catorce de mayo del dos mil diez. Extraído de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=483667&strTipM=T&strDirSel=directo el 28/11/2014.

Es a través de una serie de votos de la Sala Constitucional de nuestro país, que ella se ve forzada a intentar solventar a falta de legislación expresa, hasta ese momento, en la materia, los problemas prácticos que se generaron a partir de esa omisión legislativa.

No es hasta el 2011 que entra a regir una ley con disposiciones generales en la materia, la cual le otorga a la Sala Constitucional un marco jurídico en el que se establecen principios y normas claves para velar por el derecho a la autodeterminación informativa.

SUBSECCIÓN QUINTA. LÍMITES A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

El derecho a la Autodeterminación Informativa otorga poder de disposición sobre los datos, pero no se concibe como ilimitada. Existen diferentes razones por las cuales se establecen límites a esa disposición, los cuales serán expuestos en esta sección.

El ciudadano de un Estado social de Derecho no tiene un derecho absoluto e ilimitado sobre sus datos, sino que por ser parte de un conglomerado tiene que aceptar limitaciones en aras del interés superior de la colectividad. *“Estos límites pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo o meras modulaciones de las condiciones de ejercicio del derecho en determinados supuestos”*⁸⁴.

⁸⁴ Pardo, M.; Rubio, E.; Gómez, F. y Alfonso, R. “La Protección De Los Datos De Carácter Personal Como Derecho Fundamental Autónomo”. *Derecho Constitucional III*. Universidad de Murcia. Página 6. Extraído de: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/proteccion-datos.pdf> el 30/11/2014.

El Dr. Alfredo Chirino ha establecido que estas limitaciones deben darse a nivel legislativo y deben ser sometidas a un control constitucional de proporcionalidad entre la actuación estatal y los derechos del ciudadano⁸⁵. Al respecto también:

“Aquellas limitaciones que se consideren indispensables en una sociedad democrática, por responder a una necesidad imperiosa (prevención de un peligro real para la seguridad pública o averiguación, represión y prevención de infracciones penales), podrán preverse en la Ley, de modo que los límites sean accesibles y conocidos por el individuo concernido y las consecuencias jurídicas que pueda tener su aplicación resulten previsibles y compatibles con la seguridad jurídica.”⁸⁶

La ley número 8968 establece distintas razones por las cuales un ciudadano en Costa Rica ve limitado su derecho a la Autodeterminación Informativa. Se establece que estas excepciones deben limitar el derecho de manera justa, razonable y de conformidad con el principio de transparencia administrativa. Esas razones serían la obtención de los siguientes fines: la seguridad del Estado; la seguridad y el ejercicio de la autoridad pública; la prevención, persecución, investigación, detención y represión de las infracciones penales, o de las infracciones de la deontología en las profesiones; el funcionamiento de bases de datos que se utilicen con fines estadísticos, históricos o de investigación

⁸⁵ Chirino Sánchez, Alfredo. “La Protección de Datos al Amparo de la Constitución Política”, Óp. cit., página 338.

⁸⁶ Pardo, M.; Rubio, E.; Gómez, F. y Alfonso, R., Óp. cit., página 6.

científica, cuando no exista riesgo de que las personas sean identificadas; la adecuada prestación de servicios públicos y; la eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales⁸⁷.

La Directiva 95/46, también, contempla aquellos supuestos en que exista un interés económico y financiero importante (incluye asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales), una función de control, de inspección o reglamentaria relacionada con el ejercicio de la autoridad pública en referencia a seguridad pública, la prevención, investigación, detección y la represión de infracciones penales o de la deontología, y el interés económico y financiero importante ya referido; y por la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas⁸⁸.

Para que se limite al ejercicio del derecho a la protección de datos personales se debe cumplir con diferentes elementos. Lo primero es que será permisible en la medida en que exista un interés público preponderante. También, debe existir un fundamento legal, expreso y preciso que reúna los requisitos del principio de proporcionalidad. En caso de duda, la interpretación debe ser restrictiva, es decir, que se garanticen y protejan las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas. Finalmente, se debe considerar si la restricción vulnera los principios de consentimiento, finalidad, y el de calidad.⁸⁹

⁸⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968, Óp. cit.*, artículo 8.

⁸⁸ Palazzi, Pablo A. *La Transmisión Internacional de Datos Personales y la Protección de la Privacidad*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ad-Hoc. 2002. Pág.: 35-36.

⁸⁹ Red Iberoamericana de Protección de Datos. *El Acceso A La Información Pública Y La Protección De Los Datos Personales*. Huixquilucan (Estado de México), 4 de noviembre de 2005. Página 3. Extraído

En una sociedad democrática como la nuestra, medidas que interfieren en la privacidad de un individuo no pueden ser tomadas a la ligera. La yuxtaposición entre seguridad y privacidad no puede minimizar el papel de los Derechos Humanos. Es por ello que las limitaciones al Derecho a la Autodeterminación Informativa sólo pueden darse en casos de absoluta necesidad, como en aquellos casos que se considere que debe prevalecer una protección a intereses colectivos.

SUBSECCIÓN SEXTA. MODELOS DE TUTELA DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA

La Autodeterminación Informativa es un derecho fundamentalmente protegido y por ello, debe ser garantizado por mecanismos de protección idóneos.

Para hacer efectivas las garantías otorgadas por el Derecho a la Autodeterminación Informativa se hace necesario crear diferentes modelos para tutelar el derecho. A nivel latinoamericano, se ha utilizado, principalmente, la figura del hábeas data, sin embargo, en Costa Rica se tutela a través del Recurso de Amparo, y más recientemente, a través de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes.

MODELO RECURSIVO.

LA FIGURA DEL HÁBEAS DATA

El hábeas data es un recurso procesal que se ha ido consagrando en Latinoamérica para garantizar y proteger el Derecho a la Autodeterminación

de: http://privacidadyacceso.com/sites/default/files/001_Acceso-a-la-Informaci-oo-n-P-uu-blica-y-Protecci-oo-n-de-Datos.pdf el 28/11/2014.

Informativa cuando éste se ve vulnerado por un manejo indebido por parte de los responsables de las bases de datos.

“El hábeas data protege el derecho a la información en dos ámbitos. En primer lugar, asegura la información relativa al interesado que se encuentre en cualquier base de datos pública o privada, obligando al operador a permitir el acceso. En segundo término, posibilita la rectificación de la información errónea e incluso, la eliminación de los datos que violen la intimidad o la dignidad personales en las dichas bases, cuando los remedios judiciales o administrativos no sean suficientes para así lograrlos.”⁹⁰

El hábeas data viene siendo una acción legal, un método recursivo a través del cual el ciudadano ejerce su derecho a la protección de datos ya sea para acceder a las bases de datos y saber su información contenida, y si corresponde, requerir que se corrija, modifica o elimine la información.

Néstor P. Sagüés propone la siguiente clasificación de *hábeas data*⁹¹:

⁹⁰ Castro Argueta, Esteban Julián. *El desdoblamiento de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad en Costa Rica: Análisis del Proyecto de Reforma del Artículo 48 de la Constitución Política*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2008. Página 85.

⁹¹ González Hernández, Juan José. El Derecho A La Intimidad Y Derechos Conexos. La Perspectiva De Su Protección A Nivel Internacional, Con Enfoque Especial Al Sistema Latinoamericano Y La Situación De Su Reglamentación Legal En México. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2007. Página 225. Extraído de: http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/*/El+derecho+a+la+intimidad+y+der+echos+conexos.+La+perspectiva+de+su+protecci%C3%B3n+a+nivel+internacional%2C+con+enfoque+especial+al+sistema+latinoamericano+y+la+situaci%C3%B3n+de+su+reglamentaci%C3%B3n+legal+en+M%C3%A9xico/vid/452394 el 29/11/2014.

- *Hábeas data informativo*. Utilizado para obtener información nominativa determinada, contemplado por las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay y Perú.
- *Hábeas data aditivo*. Trata de actualizar o incluir datos o información dentro de los archivos, regulado en las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y Paraguay.
- *Hábeas data rectificador o correctivo*, cuyo objetivo es corregir informaciones falsas, inexactas o imprecisas, regulado por las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala y Paraguay.
- *Hábeas data reservador*, que asegura que un dato determinado sea proporcionado a quienes se encuentran legalmente autorizados para conocerlo.
- *Hábeas data exclutorio o cancelatorio*, se trata de eliminar información almacenada en algún banco de datos o sistema de información y tiene relevancia para aquella información considerada como sensible, regulado por las Constituciones de Argentina, Ecuador y Paraguay.

Con respecto de esta figura, la Sala Constitucional de Costa Rica ha establecido lo siguiente:

“El hábeas data es un recurso procedimental destinado a proteger la esfera de la intimidad. Tutela a las personas por los accesos del poder informático, o sea, ante el hecho de que sus datos personales estén expuestos en bases de datos

informáticos. Es un recurso de amparo especial que permite al amparado acceder a esas bases de datos, permitiéndole suprimir, rectificar, modificar o actualizar la información que ahí se contenga. Así, de lo que se trata es que una persona evite el uso abusivo de la información que de ella se tiene, además de impedir la divulgación indebida de esos datos. Esta acción procesal comprende varios derechos, primero está el derecho al acceso, el amparado puede conocer si está registrado de alguna manera en un banco o base de datos, tiene derecho a saber lo que consta acerca de su persona; también incluye el derecho a la actualización, sea que una persona logre que los datos relativos a ella queden puestos al día; incluye además el Derecho a la rectificación, que opera cuando el interesado procura que se corrija la información inexacta; el Derecho a la confidencialidad, el cual se manifiesta cuando la persona exige que la información que ha proporcionado, y que ha sido legalmente requerida, permanezca secreta para terceros y, por último, el Derecho de exclusión, respecto a determinados datos conceptuados como información sensible, tales como la inclinación sexual, la confesión religiosa, la tendencia política y la información médica. En estos supuestos, el habeas data permite borrar o cancelar esos datos del respectivo registro informático. En esta misma línea de ideas, tenemos que la garantía del Hábeas Data se encuentra íntimamente unida al concepto de identidad informática, entendida como aquel conjunto de datos que permiten formar un perfil o reconstruir la imagen moral de la personalidad -elementos de orden biológico, predisposiciones a enfermedades hereditarias, malformaciones físicas, condiciones psíquicas, del carácter, temperamento, aptitudes- datos que recogidos y procesados mediante un programa

*informático, llegan a desarrollar información nueva sobre las personas, la cual eventualmente puede ser accesible y aún susceptible de mercadeo o venta*⁹².

Queda en evidencia la postura de la Sala Constitucional, en el sentido que el hábeas data se configura como un recurso de amparo especializado. No obstante, no ha sido un tema pacífico en la doctrina. Existen autores que consideran que el hábeas data es un recurso autónomo que debe caracterizarse por su celeridad y debe ser resuelto prioritariamente. Lo anterior, responde a una necesidad imperante de evitar perjuicios al ciudadano y la relación entre democracia y protección de datos personales:

*“En suma, el hábeas data no es una especie del género del amparo y tampoco un instituto subalterno de este ni un remedio excepcional, sino una vía principal y directa en cuanto a su espacio de incumbencia protectora: el derecho de autodeterminación informativa...”*⁹³

La anterior postura, parece no ser la predominante en la doctrina. La mayoría de los autores concuerda en lo resuelto por la Sala Constitucional costarricense y lo configuran como un recurso de amparo especial, pero siempre manteniendo su carácter prioritario y célere.

“El hábeas data es un amparo especializado, pero la resolución debe ser expedita, dada la naturaleza de los derechos que protege y el potencial daño a la

⁹² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 11569-2005, Óp. cit.*

⁹³ Bázan, Víctor, *Óp. cit.*, Páginas 66-67.

*esfera jurídica de las personas, cuando no se tutela de manera fuerte su derecho a la autodeterminación informativa. Este trámite entonces debe ser similar al que se le da al habeas corpus, sea prioritario, con el fin de que se pueda tutelar de manera efectiva los derechos fundamentales lesionados por la transmisión y difusión de datos o informaciones erróneas, incompletas o falsas acerca de las personas dentro de los plazos breves”.*⁹⁴

Sin embargo, la figura del hábeas data ha sido fuertemente criticada. Sus efectos son sólo extensivos a la persona lesionada y no a un conglomerado que puede estar siendo vulnerado. Además, el hábeas data no cumple una función preventiva, sino que es un remedio jurídico, es decir, ya se ha dado una afectación al ciudadano.

*“... se está en presencia de un derecho procesal reactivo frente a una lesión ya ocasionada. No tienen una vocación preventiva de las lesiones y sus efectos son casi siempre acordados solamente a favor del afectado, no teniendo de esta forma efectos extensivos hacia quienes sufren las mismas lesiones. En consecuencia, se trata de un derecho meramente reactivo que tiende a funcionar después de realizada la transmisión de los datos, dejando por fuera la prevención y el control anterior a la realización del riesgo”*⁹⁵.

⁹⁴ Corrales Castillo, Warren. *Viabilidad jurídica de la implementación del recurso de habeas data para regular la discriminación de selección de personal en razón de bases de datos*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 2011. Página 30.

⁹⁵ Morales Viales, Rudy Y Ugarte Ibarra, Rolando. *Tutela De Los Derechos De La Personalidad Virtual Y Protección De Datos De Carácter Personal En Las Redes Sociales Online*. Tesis Para Optar Por El Grado De Licenciatura En Derecho. Universidad de Costa Rica 2012. Página 167.

EL CASO DE COSTA RICA PREVIO AL MODELO INSTITUCIONAL. EL RECURSO DE AMPARO

Previo a la Ley y su respectivo reglamento en materia de protección de datos, la manera más efectiva de tutelar el derecho a la autodeterminación informativa en Costa Rica era mediante el recurso de amparo ante la Sala Constitucional, recurso que de hecho se ha manejado de forma muy amplia, al punto de ser muy similar al recurso de Hábeas Data, sin embargo, el recurso de amparo plantea diferentes inconvenientes para una resguardo efectivo.

“...se ha sostenido que la utilización del recurso de amparo para tutelar al individuo frente a posibles abusos en el tratamiento de sus datos personales es un medio solamente temporal para alcanzar dicha tutela. Por el carácter tan técnico de esta materia, y tomando en cuenta que los riesgos para el ciudadano se presentan en todas las etapas del procesamiento de los datos, desde que se recopilan hasta que eventualmente se transmiten, el recurso de amparo revela muchas limitaciones, sobre todo que la reacción judicial puede perfectamente producirse cuando los daños para el derecho fundamental ya no pueden ser reparados, o cuando la mera exhibición de los datos o la imposición de una indemnización no realice el objetivo esencial de la tutela...”⁹⁶

⁹⁶ Chirino Sánchez, Alfredo. *El Recurso De “Habeas Data” Como Forma De Tutela De La Persona Frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales. El Caso De Costa Rica*. Ponencia presentada al IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática “Justicia e Internet”. San José, Costa Rica. Marzo 2002. Página 20. Extraído de: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13436/12693> el 28/11/2014.

La Sala Constitucional cumplió una labor efectiva ante la carencia, tanto de legislación como de un marco institucional en la materia. Empero, para resolver un amparo, debido a calificación no prioritaria, el tiempo requerido era extenso, lo cual conllevaba un menoscabo mayor al que ya se estaba dando.

MODELO INSTITUCIONAL.

En Costa Rica, uno de los avances más importante en cuanto a la protección al derecho de autodeterminación informativa fue la entrada en vigencia de la “Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales”, en el año 2011.

El texto tiene como objetivo garantizar a los interesados *“derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes.”*⁹⁷

La Ley 8968 contempla en su numeral 15 la creación de un órgano de desconcentración máxima, llamado Agencia de Protección de Datos de los Habitantes (Prodhab), que se encuentra adscrito al Ministerio de Justicia y Paz, y se encarga de velar por la ejecución de la normativa existente en la materia de protección de datos.

⁹⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968, Óp. cit.*, artículo 1.

“Las autoridades nacionales encargadas de supervisar la protección de datos tienen un rol esencial a este respecto dentro de su función de supervisión de la aplicación de la legislación sobre protección de datos, que conlleva interpretar las disposiciones legales y proporcionar orientación concreta a los responsables y los interesados”⁹⁸.

Entre las atribuciones más importantes que le otorga la Ley en su artículo 16 se puede mencionar las siguientes:

- Velar por el cumplimiento de la normativa en materia de protección de datos, tanto por parte de personas físicas o jurídicas privadas, como por entes y órganos públicos.
- Llevar un registro de las bases de datos reguladas por la ley.
- Requerir, de quienes administren bases de datos, las informaciones necesarias para el ejercicio de su cargo, entre ellas, los protocolos utilizados.
- Acceder a las bases de datos reguladas por la ley, a efectos de hacer cumplir efectivamente las normas sobre protección de datos personales. Esta atribución se aplicará para los casos concretos presentados ante la Agencia y, excepcionalmente, cuando se tenga evidencia de un mal manejo generalizado de la base de datos o sistema de información.
- Resolver sobre los reclamos por infracción a las normas sobre protección de los datos personales.

⁹⁸ Grupo De Trabajo Del Artículo 29. *Dictamen 4/2007 Sobre El Concepto De Datos Personales*, Óp. cit., página 6.

- Ordenar, de oficio o a petición de parte, la supresión, rectificación, adición o restricción en la circulación de las informaciones contenidas en los archivos y las bases de datos, cuando éstas contravengan las normas sobre protección de los datos personales.
- Imponer sanciones a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que infrinjan las normas sobre protección de los datos personales, y dar traslado al Ministerio Público de las que puedan configurar delito.
- Promover y contribuir en la redacción de normativa tendiente a implementar las normas sobre protección de los datos personales.
- Dictar las directrices necesarias, las cuales deberán ser publicadas en el diario oficial La Gaceta, a efectos de que las instituciones públicas implementen los procedimientos adecuados respecto del manejo de los datos personales, respetando los diversos grados de autonomía administrativa e independencia funcional.
- Fomentar entre los habitantes el conocimiento de los derechos concernientes al acopio, el almacenamiento, la transferencia y el uso de sus datos personales.

Con respecto de la labor que debe gestionar la Agencia se ha dicho que requiere que actúe de oficio y no sólo por solicitud de parte, para lograr realmente el cometido de constituirse como un ente fiscalizador sobre las empresas. Además, debe estar en la capacidad de realizar auditorías externas periódicas, tanto al sector público como privado. Conjuntamente, debe aprobar los

lineamientos referidos a la contratación de personal, para evitar ilegalidades y violaciones al derecho en la manipulación de la información.⁹⁹ La Agencia, para que funcione plenamente y cumpla con su finalidad, debe hacer uso de todas aquellas atribuciones y recursos que le son conferidas por el ordenamiento jurídico y no limitarse a un ejercicio básico.

Con la entrada en funcionamiento de la Agencia, la Sala Constitucional ha remitido los amparos en materia de protección de datos, exigiendo así, en la práctica, un agotamiento de la vía administrativa, previo a conocer ella del asunto:

“... esta Sala, bajo una mejor ponderación estima que ahora los habitantes cuentan con un mecanismo célere, oportuno y especializado para garantizar su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividades privadas y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes (ver artículo 1 de la ley No. 8968). Así las cosas, en tesis de principio, esta Sala remite a esa instancia administrativa los asuntos en donde se alegue la violación del derecho de comentario, reservándose el conocimiento, únicamente, de aquellos asuntos en los que habiendo acudido ante la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, no se haya encontrado

⁹⁹ Rodríguez Mendoza, Adriana M. “El reto de Costa Rica frente a la institucionalización de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, PRODHAB, con fundamento legal en la Ley N° 8968”. *Derecho En Sociedad*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT – Costa Rica. N. ° 3. Julio de 2012. Página 158-159. Extraído de: http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/62_f4.pdf el 28/11/2014.

amparo a ese derecho. Consecuentemente, se impone desestimar el presente recurso e indicarle al tutelado que, si a bien lo tiene, puede acudir a esa instancia administrativa especializada en resguardo de sus derechos”¹⁰⁰.

Lo anterior va en detrimento de uno de los principios fundamentales del Derecho, el de legalidad, ya que, según la Constitución Política y la Ley de Jurisdicción Constitucional, para interponer un recurso de amparo basta, únicamente, con que se considere violentado un derecho fundamental, contrario sensu, es posible indicar que no hay necesidad de agotar ninguna vía. No obstante, parece responder a una necesidad inmediata de descongestionar la Sala Constitucional y promover la Agencia como el método efectivo para resguardar el Derecho a la Autodeterminación Informativa.

El modelo institucional responde a una necesidad social y jurídica, ofreciendo una protección más íntegra del Derecho a la Autodeterminación Informativa. Su ámbito de afectación pretende ir más allá del momento de la lesión al derecho, procurando evitar que se dé tal, es decir, tomando una posición preventiva.

¹⁰⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 2013015183*. San José, a las catorce horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil trece. Extraído de: http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=593984&strTipM=T&strDirSel=directo el 28/11/2014.

CAPÍTULO SEGUNDO. LOS FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES

La tecnología ha permitido, entre otras, diluir la noción de fronteras territoriales, ampliando de esa manera, el ámbito de competencia, tanto del Estado como de las empresas. Esto conlleva al intercambio de información y de datos, ya sea para una mejor eficiencia, con propósitos de gestión empresarial, o por beneficios económicos. Lo anterior, implica una problemática para la ciencia del Derecho.

Este título pretende abarcar la conceptualización y caracterización de estos flujos transfronterizos, así como indicar los principios propios del tema, para seguidamente estudiar los dos principales modelos de protección de flujos transfronterizos existentes: el estadounidense y el europeo. Finalmente, se hará un análisis de las directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en el tema, y su importancia para Costa Rica.

SECCIÓN PRIMERA. CONCEPTUALIZACIÓN Y CARACTERIZACIÓN DE FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES

SUBSECCIÓN PRIMERA. CONCEPTO DE FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES.

En materia de protección de datos personales, el movimiento entre fronteras se da de manera frecuente. Se exige al Derecho regular ese flujo de manera tal que los derechos y garantías de las personas no queden de lado frente a intereses, tanto del Estado como de las empresas.

Una definición doctrinaria es aquella que indica que la transferencia de datos personales es la “*transmisión directa de datos a consecuencia de la cual el transmitente da acceso o permite el conocimiento de ellos al destinatario (distinto del afectado), implicando por tanto una comunicación «material» de datos personales, con independencia de su finalidad (sin perjuicio de las implicaciones legales específicas previstas para las comunicaciones de datos a terceros para realizar tratamientos por cuenta del transmitente o para otras finalidades)*”¹⁰¹.

Se ha dicho que la transferencia internacional de datos personales sería “*la importación o exportación de esa información de un país a otro. Esto supone que los datos se encuentran en un país y deben ser trasladados o enviados a una empresa domiciliada en otro Estado. Este fenómeno también es conocido como “movimiento internacional de datos” o “flujo transfronterizo de datos”*”.¹⁰²

A esta definición habría que agregarle que los datos no sólo son enviados a empresas, sino que perfectamente pueden ser recibidos por instituciones gubernamentales o judiciales por razones de seguridad pública, seguridad nacional, investigaciones contra el terrorismo, labores de inteligencia militar o

¹⁰¹ Álvarez Rigaudias, Cecilia. “Las transferencias internacionales de datos personales y el nivel equiparable o adecuado de protección”. *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, n. ° 12: 19-30. 2005 página. 20. Extraído de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1467/documento/art1.pdf?pid=2064> el 28/11/2014.

¹⁰² Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., Página 494-495

policial, cooperación judicial, cooperación internacional en general, y controles de inmigración.¹⁰³

Por ello, una definición más simple sería la dada por el Consejo Económico de la Organización de las Naciones Unidas, que define el flujo de datos transfronterizos como *“la circulación de datos e información a través de las fronteras nacionales para su procesamiento, almacenamiento y recuperación”*¹⁰⁴.

Se da, entonces, un movimiento internacional de datos personales cuando estos “atraviesan” las fronteras de un país y son recibidos en otro u otros. En estos casos, los principios y derechos reconocidos por el derecho interno se verían amenazados, a menos de que se establezca un control que marque unos límites de garantía y seguridad. Sin embargo, el control no puede ser restrictivo de manera tal que torne imposible el ejercicio de actividades económicas o del funcionamiento regular del Estado.

El flujo transfronterizo de datos personales no puede significar una disminución en el grado de protección del ciudadano y, por ende, del titular de los datos. La normativa debe contemplar un resguardo de los derechos y garantías, Pablo Palazzi anota que estas reglas buscan *“evitar la creación de paraísos informáticos (data havens), es decir, jurisdicciones donde la carencia de leyes de protección de datos, las transforme en sitios atractivos para realizar*

¹⁰³ *Ibíd.* página 495.

¹⁰⁴ Téllez Valdes, Julio. Derecho Informático. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Serie A: FUENTES b) TEXTOS Y ESTUDIOS LEGISLATIVOS, Núm.75. México, 1991. Pág 56. Extraído de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/313/5.pdf> el 28/11/2014.

*tratamientos de datos personales que puedan ser violatorios de otras leyes de privacidad*¹⁰⁵.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. PRINCIPIOS PROPIOS DE LOS FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES

Se parte de la base de que los datos personales deben fluir libremente sin distinción de si existen fronteras físicas entre el lugar saliente y el entrante. No obstante, para que ello ocurra se deben de cumplir con dos principios fundamentales, el de continuidad de la protección y el de equivalencia.

EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD DE LA PROTECCIÓN

La transferencia internacional de datos personales es una realidad cada vez más frecuente. Ello no puede conllevar una disminución en la protección que el dato (y la persona) ya gozaba en su país de origen.

El principio de continuidad de la protección “...se fundamenta en que “la transferencia internacional de datos no debe afectar la protección de los interesados por lo que respecta al tratamiento de sus datos personales”¹⁰⁶.

Cualquiera que sea la motivación o finalidad detrás de este flujo internacional no puede representar un menoscabo en las garantías de las cuales

¹⁰⁵ Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., página 497 citando a Pablo Palazzi, *Comercio electrónico, transferencia internacional de datos personales y armonización de leyes en un mundo globalizado*, en *Derecho de internet & telecomunicaciones*, 299 (Grupo de Estudios en internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática, GECTI, Universidad de los Andes, comp., Legis, Bogotá, 2003).

¹⁰⁶ Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., página 497 citando a José Manuel de Frutos, *Globalización de la privacidad: hacia unos estándares comunes*, conferencia presentada en el VI Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, realizado en Cartagena de Indias (Colombia), 27-30 de mayo de 2008.

ya gozaban. Una libre circulación de datos personales debe darse en concordancia con los derechos fundamentales.

EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA

No todos los países ofrecen las mismas garantías en materia de protección de datos. A como existen países con amplias regulaciones y que se aseguran de ofrecer una verdadera protección a los datos personales, existen países cuya protección es nula o deficiente. Por ello, se ha establecido que para permitir la transferencia internacional de datos, el país receptor de datos debe contar con garantías equivalentes a las que ofrece el país transmisor.

La resolución 45/95 del 14 de diciembre de 1990, adoptó los “*Principios Rectores Para La Reglamentación De Los Ficheros Computadorizados De Datos Personales*”. “...la ONU estableció el principio de “*Flujo de datos a través de las fronteras*”, según el cual “*cuando la legislación de dos o más países afectados por un flujo de datos a través de sus fronteras ofrezca garantías comparables de protección de la vida privada, la información debe poder circular tan libremente como en el interior de cada uno de los territorios respectivos*¹⁰⁷”. Para la ONU, la transferencia internacional de datos es viable, si se establece que el país importador ofrece garantías comparables de protección a las ofrecidas por el país exportador”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Organización de las Naciones Unidas, Óp. cit.

¹⁰⁸ Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., página 498.

En este mismo sentido se inclina la Directiva 95/46 “...la protección de las personas garantizada en la Comunidad por la presente Directiva no se opone a la transferencia de datos personales a terceros países que garanticen un nivel de protección adecuado...”¹⁰⁹

SECCIÓN SEGUNDA. LOS PRINCIPALES MODELOS DE PROTECCIÓN EN MATERIA DE FLUJOS TRANSFRONTERIZOS

SUBSECCIÓN PRIMERA. EL MODELO DE LA UNIÓN EUROPEA.

La Unión Europea no sólo fue pionera en el tema de protección de datos, sino que además, actualmente, se considera que su modelo es el más completo y, por ende, el que más garantías otorga a la persona y a sus datos. Para ello, se ha valido de una serie de normativas regionales y de directrices que han sido y están siendo copiadas a lo largo del orbe.

El Convenio del Consejo de Europa “para la protección de las personas con respecto del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal” del 28 de enero de 1981 (conocido como el Convenio 108), es admitido como el primer instrumento regional que regula el tema de Protección de Datos Personales, ante el tratamiento automatizado de los mismos.¹¹⁰

¹⁰⁹ El Parlamento Europeo Y El Consejo De La Unión Europea, Óp. cit., considerando 56

¹¹⁰ Millán Gómez, Agustín, Óp. cit., página 28.

Este convenio no es una norma de aplicación directa, sino que remite a los propios Estados firmantes para que desarrollen leyes y adopten medidas para dar cumplimiento a los principios enunciados en su texto.¹¹¹

Con respecto de la transferencia internacional de datos, indica que “*el flujo internacional de datos es libre entre Estados partes del convenio y queda prohibido o condicionado cuando se realiza a un Estado no parte del mismo*”¹¹².

Posteriormente, mediante un protocolo adicional al Convenio 108, suscrito el 8 de noviembre de 2001, se cambia el lenguaje utilizado, en el que se dictaminaba la prohibición del flujo internacional, y se autoriza siempre y cuando el Estado importador garantice un nivel adecuado de protección.¹¹³

Sin embargo, se autorizan la transferencia de datos personales en dos supuestos. El primero de ellos sería por mandato del derecho interno a causa de intereses concretos del afectado, o cuando se trata de intereses legítimos especialmente de los de carácter público. El segundo supuesto es en aquellos casos en que las garantías resultan de las “*cláusulas contractuales, por parte del responsable del tratamiento, responsable de la transferencia y dichas garantías se estiman adecuadas por las autoridades competentes de conformidad con el derecho interno*”¹¹⁴.

¹¹¹ Consejo de Europa. *Convenio N° 108 Del Consejo De Europa, De 28 De Enero De 1981, Para La Protección De Las Personas Con Respecto Al Tratamiento Automatizado De Datos De Carácter Personal*. artículo 4.1

¹¹² Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., página 498.

¹¹³ *Ibid.* Página 499.

¹¹⁴ Consejo de Europa. *Protocolo Adicional De Convenio N° 108 Para La Protección De Las Personas Con Respecto Al Tratamiento Automatizado De Datos De Carácter Personal Y Relativo A Transferencias De Datos. 2001*. Artículo 2

Posteriormente, se crea la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo Y Del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta del tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, la cual tuvo un fuerte impacto en la Unión Europea y se acreditó como forjadora de un marco armonizado vinculante de los principios de protección de datos para sus países miembros.¹¹⁵

En la Directiva se establece que es válida la transferencia internacional de datos personales cuando existe un “nivel de protección adecuado”; y que para velar por el acatamiento de lo dispuesto en la Directiva se deben instaurar una o más autoridades de control y entre ellas deben darse ayuda mutua en el ejercicio de sus funciones.

Según el artículo 25 de la Directiva, para determinar si existe tal nivel, se evaluarán todas aquellas circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencia de datos, particularmente, en lo que respecta de la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el tercer país de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

¹¹⁵ Robinson, Neil, Hans Graux, Maarten Botterman and Lorenzo Valeri, *Op. cit.*, página 8.

La Directiva ordena que cuando no exista el nivel de protección adecuado se prohíbe el flujo transfronterizo de datos. No obstante, determina una serie de excepciones¹¹⁶:

- Cuando el interesado haya dado su consentimiento inequívocamente a la transferencia prevista
- Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales tomadas a petición del interesado,
- Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y un tercero,
- Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguardia de un interés público importante, o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial
- Cuando la transferencia sea necesaria para la salvaguardia del interés vital del interesado,
- Cuando la transferencia tenga lugar desde un registro público que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta por el público en general o por cualquier persona que pueda demostrar un

¹¹⁶ El Parlamento Europeo Y El Consejo De La Unión Europea, Óp. cit., artículo 26.

interés legítimo, siempre que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece la ley para la consulta.

- Finalmente, también se establece una autorización de transferencia cuando el responsable del tratamiento ofrezca garantías suficientes respecto de la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto del ejercicio de los respectivos derechos; dichas garantías podrán derivarse, en particular, de cláusulas contractuales apropiadas.

Para permitir el intercambio de datos personales fuera de la Unión Europea, la Directiva no solo depende de las iniciativas estatales, sino que también, apoya las auto-regulaciones, a través de códigos de conducta para un sector específico o de cláusulas contractuales¹¹⁷.

La Directiva crea El Grupo de Protección de las Personas en lo que respecta del Tratamiento de Datos Personales (también conocido como el Grupo del artículo 29), el cual ya ha dejado por sentado *“...que un nivel de protección adecuado depende de varios factores, unos de naturaleza regulatoria y otros de carácter “instrumental e institucional” (requisitos de procedimiento y de aplicación). El primero, grosso modo, es fruto de una mezcla de derechos en cabeza del titular de los datos y de obligaciones para quienes procesan la información personal o ejercen control sobre ese tratamiento. El segundo comprende, de una parte, la existencia de mecanismos y procedimientos tanto judiciales como no judiciales que*

¹¹⁷ Robinson, Neil, Hans Graux, Maarten Botterman and Lorenzo Valeri, *Op. cit.*, página 8.

garanticen la efectividad de las normas, sancionen su incumplimiento y otorguen a la persona afectada un derecho de reparación frente al tratamiento indebido de su información. Adicionalmente, se considera necesaria la existencia de una autoridad independiente que no sólo controle, vigile y sancione a los que poseen datos personales, sino que reciba las quejas de los ciudadanos e inicie las investigaciones pertinentes con miras a que se convierta en un garante de la protección de estos datos”¹¹⁸.

Para el Grupo, existe una serie de principios mínimos que pueden ser “de contenido” y una segunda categoría con principios o características adicionales para tipos específicos de tratamiento de datos. Estos principios vienen siendo “*un núcleo de principios de contenido y de requisitos de procedimiento y de aplicación, cuyo cumplimiento pudiera considerarse un requisito mínimo para juzgar adecuada la protección*”¹¹⁹.

Entre los principios “de contenido” se pueden encontrar el de limitación de objetivos, Principio de proporcionalidad y de calidad de los datos, Principio de transparencia, Principio de seguridad, Derechos de acceso, rectificación y oposición, Restricciones respecto de transferencias sucesivas a otros terceros países.

Los Principios adicionales incluidos en el documento son:

¹¹⁸ Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., página 500.

¹¹⁹ Guasch Portas, Vicente. “La Transferencia Internacional De Datos De Carácter Personal”. Revista de Derecho UNED, núm. 11, 2012. Página 424. Extraído de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2012-11-6085&dsID=Documento.pdf> el 28/11/2014.

- 1) **Datos Sensibles:** “cuando se trate de categorías de datos “sensibles” (las incluidas en el artículo 8 de la Directiva), deberán establecerse protecciones adicionales, tales como la exigencia de que el interesado otorgue su consentimiento explícito para el tratamiento”.
- 2) **Mercadotecnia Directa** – “en el caso de que el objetivo de la transferencia de datos sea la mercadotecnia directa, el interesado deberá tener en cualquier momento la posibilidad de negarse a que sus datos sean utilizados con dicho propósito”.
- 3) **Decisión Individual Automatizada** – “cuando el objetivo de la transferencia sea la adopción de una decisión automatizada en el sentido del artículo 15 de la Directiva, el interesado deberá tener derecho a conocer la lógica aplicada a dicha decisión, y deberán adoptarse otras medidas para proteger el interés legítimo de la persona”.

El artículo 25 de la Directiva ha significado una restricción comercial con un grave impacto a nivel mundial, sin embargo, países latinoamericanos han legislado sobre protección de datos tomando como base la Directiva, con el fin de mejorar sus lazos comerciales y diplomáticos con el continente europeo.¹²⁰.

¹²⁰ Velasco San Martín, Cristos. “Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?” *Boletín de Política Informática* No. 1, 2003. Página 4. Extraído de: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/Articulos/tecnologia/libertad.pdf> el 28/11/2014.

Para los países resulta importante ser considerado como un Estado con un nivel adecuado, según el estándar europeo por las siguientes razones¹²¹:

1. Aumenta el grado de protección jurídica de la información ciudadana, porque el modelo europeo tradicional se ha caracterizado por ser garantista, riguroso y efectivo en esa materia.
2. Genera un escenario más competitivo para que el país sea un lugar en el que puedan realizarse negocios que implican transferencia de información personal desde Europa.
3. La efectiva protección de datos personales es considerada como un elemento consustancial de las sociedades democráticas.

Las ventajas de ser catalogado como un país con un nivel adecuado de protección de datos personales no pueden ser menospreciadas, especialmente cuando se trata de relaciones comerciales e inversiones económicas. Sin embargo, lograr el estándar europeo y la validación de ellos como tal consiste en una ardua labor que requiere no sólo de medidas estatales como un marco regulatorio adecuado y un órgano que vele por la ejecución del mismo, sino que además el país debe someterse a un trámite de validación complicado.¹²²

En el estudio realizado por Nelson Remolina-Angarrita, sobre si Colombia cuenta con un nivel adecuado de protección en relación con el estándar europeo, éste concluye que no lo tiene, entre otras razones, debido a la falta de una ley

¹²¹ Remolina – Angarrita, Nelson, Óp. cit., página 493.

¹²² *Ibíd.* Página 503.

general que regule la materia y detalla cuatro temáticas en las cuales considera que reside el problema colombiano¹²³. Ellas serían las siguientes: datos sensibles, derecho de oposición, decisiones individuales automatizadas y transferencia internacional de datos personales¹²⁴.

En cuanto a la regulación de los datos sensibles, como se indicó anteriormente, Costa Rica, contrario al caso colombiano, prohíbe el tratamiento de estos, tanto a nivel de regulación como jurisprudencial, aún cuando establece una serie de excepciones, lo anterior en concordancia con lo exigido por el modelo europeo.

Otro tema preocupante para Remolina-Angarita, reside en los conocidos Derechos ARCO, específicamente, el derecho de oposición, el cual no fue incluido en la normativa colombiana y cuya principal preocupación residen en el rol como mecanismo de protección de otros derechos que cumple el de oposición. No obstante, en el caso costarricense, sí se encuentra regulado, aún cuando no lo haga bajo ese “nombre”, con excepción de los casos tipificados en los cuales es obligatorio el proveer la información.¹²⁵

Con respecto de las decisiones automatizadas individualizadas, el artículo 15 de la Directiva 95/46/CE establece

¹²³ Es necesario aclarar que el estudio corresponde al año 2010 y que desde entonces la legislación colombiana ha sufrido cambios que podrían alterar a conclusión del autor.

¹²⁴ *Ibíd.* Página 512

¹²⁵ *Ibíd.* Página 514

“...el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.”

Este tema resulta preocupante en la legislación costarricense y representa un obstáculo para ser considerado un país con nivel adecuado ya que no se encuentra regulado, y somete al ciudadano a decisiones arbitrarias que menoscaben sus derechos.

En cuanto al tema de la transferencia internacional de datos personales, en Costa Rica, la legislación es clara en cuanto a que en la transmisión, como regla general, debe existir consentimiento expreso y válido. A su vez, considera falta gravísima la transferencia internacional de datos cuando el titular de estos, sea costarricense o extranjero residido en el país, no otorga el consentimiento para esto. Sin embargo, deja por fuera que el país al cual los datos van a ser transferidos debe contar con un nivel similar de protección o adecuado, sino que en el reglamento, en el artículo 43¹²⁶, se condiciona la transferencia a la existencia de un contrato con el responsable receptor, en el que se someta a las mismas obligaciones que el sujeto responsable de la transferencia de dichos datos.

¹²⁶ Artículo 43. Contrato para la transferencia de datos.

El responsable de la transferencia de datos personales deberá establecer un contrato con el responsable receptor, en el que se prevean, al menos las mismas obligaciones a las que se encuentra sujeto el responsable de la transferencia de dichos datos.

Sin embargo, se ha indicado que *“...la circulación internacional de datos es un tema trascendental internacionalmente a tal punto que, por ejemplo, toda la regulación sobre “nivel adecuado” busca que con ocasión de la misma no se desmejore la calidad de protección de los datos personales de los ciudadanos de un país cuando van a ser enviados a otro”*¹²⁷.

En este sentido, Costa Rica parece encontrarse debilitado nuevamente, ya que, si bien, hace una breve mención del tema, no contempla reglas ni procedimientos expresos sobre cómo deben manejarse la transmisión internacional ni mucho menos la recepción internacional, dejando por fuera uno de los puntos más importantes para la Unión Europea, cuyo valor reside en asegurarse la protección de sus ciudadanos sin importar el país adonde los datos lleguen.

El 12 de marzo del año 2014, el Parlamento Europeo dio el visto bueno a la propuesta del Reglamento General de Protección de Datos, el cual pretende unificar y armonizar la normativa existente entre los distintos países de la Unión Europea. Para su aprobación, sólo hace falta la votación del Consejo. Con respecto de los flujos transfronterizos, este reglamento dificulta las transferencias de datos a terceros países. Si un país tercero solicita a una empresa información personal procesada en la UE, dicha empresa deberá obtener el permiso de la

¹²⁷ Remolina – Angarita, Nelson, Óp. cit., página 517.

autoridad nacional de protección de datos e informar a la persona en cuestión antes de enviar la información.¹²⁸

En acatamiento con la normativa ya explicada, los Estados miembros de la Unión Europea se vieron en la obligación de no circular datos personales de sus ciudadanos a los Estados Unidos. Debido a la afectación que ello generaba en las relaciones comerciales y de índole económica, hubo una fuerte presión sobre el Gobierno estadounidense para llegar a un acuerdo que permitiera el intercambio.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. EL MODELO ESTADOUNIDENSE

En Estados Unidos, la protección de datos personales se da, principalmente, a través de la autorregulación, estas políticas han estado a cargo del sector privado. Sin embargo, este modelo resulta servil a los intereses económicos de las transnacionales y ha dejado por fuera la protección efectiva a los derechos de sus ciudadanos.

“El enfoque actual a la protección de datos en los Estados Unidos debe cambiar. Amplia Legislación que proteja la privacidad de la información se necesita tanto para proteger a los individuos y server a los intereses comerciales. Al mismo

¹²⁸ Responsable de desarrollo de negocio. 17 de octubre de 2014. Comentario sobre “El Parlamento Europeo aprueba la reforma del Reglamento sobre protección de datos”. *Letslaw*. Extraído de: <http://letslaw.es/blog/el-parlamento-europeo-aprueba-la-reforma-del-reglamento-sobre-proteccion-de-datos/> el 30/11/2014.

*tiempo, sin embargo, se debe alcanzar un equilibrio viable entre las necesidades de los individuos y las necesidades de la empresa”*¹²⁹

En materia de protección de datos, EEUU tiene un sistema sectorial, en el cual solo en ciertas áreas como salud, cuentan con regulación específica, pero esto ya no alcanza para la necesidad que sienten y tienen sus ciudadanos para manejar la información de manera privada.¹³⁰

Los defensores de este modelo indican que brinda una respuesta satisfactoria a las demandas y necesidades de sus grandes corporaciones y, a su vez, protegen en la medida de lo posible los derechos básicos de los consumidores y de los ciudadanos con base en la primera enmienda de su Constitución. Para ellos, el Gobierno estadounidense confía sus políticas de regulación y privacidad al sector empresarial porque saben que logran fomentar y reactivar el comercio electrónico, a nivel nacional y mundial, y promueven las inversiones del sector de las tecnologías de información y sobre todo permiten que las pequeñas y medianas empresas puedan realizar actividades de comercio electrónico en todos los niveles.¹³¹

¹²⁹ Roch, Michael P. *Filling the Void of Data Protection in the United States: Following the European Example*, 12 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 71 (1996) pag 93. [Traducción propia]. Extraído de: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtli/vol12/iss1/3> el 28/11/2014.

The present approach to data protection in the United States must change. Broad Congressional legislation protecting informational privacy is needed both to protect individuals and to serve commercial interests. At the same time, however, a workable balance must be struck between the needs of the individual and the needs of the enterprise”.

¹³⁰ *Ibíd.* Página 89.

¹³¹ Velasco San Martín, Cristos, *Óp. cit.*, página 4

En cuanto al intercambio internacional de datos personales, la Directiva Europea 95/46/CE implicó conflictos entre los Estados Unidos y la Unión Europea, estos últimos razonaron que el país norteamericano no protegía el derecho fundamental a la intimidad y que en virtud de ello, cabía la prohibición del intercambio. Debido a ello, los Estados Unidos se ven forzados a dejar la pretensión de que el tratamiento de datos quedará sujeto únicamente a las reglas del mercado, y tuvo que decidir tomar otro tipo de medidas.

Como resultado de una serie de negociaciones es que se llega al denominado Acuerdo de Puerto Seguro (Safe Harbour), “*que posibilita un flujo estable e ininterrumpido de información asegurando un nivel permanente de protección adecuada...*”¹³²

Lo anterior, permite a las entidades estadounidenses adoptar tres posturas distintas. La primera sería adherirse al sistema de Principios de Puerto Seguro, la segunda sería acudir a fórmulas que exoneren del requisito de la protección adecuada (según el artículo 26 de la Directiva) y finalmente, no recibir datos de carácter personal de la Unión Europea. ¹³³.

El Acuerdo de Puerto Seguro contempla una serie de principios de carácter obligatorio, y su acatamiento es voluntario por parte de las empresas. No obstante, la Unión Europea sólo envía datos personales a aquellas empresas que

¹³² Ortega Giménez, Alfonso. “Transferencia internacional de datos de carácter personal: EU vs EE.UU” *Revista de la facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Volumen 1, número 2, marzo 2007. Páginas 211-212. Extraído de: <http://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/02-tm-09.pdf> el 28/11/2014.

¹³³ *Ibíd.* Página 214.

se hayan comprometido a ello frente al Departamento de Comercio de los Estados Unidos.¹³⁴ , este órgano es el encargado de otorgar la certificación que establece un nivel adecuado de protección de los datos personales¹³⁵.

“El sistema de Principios de Puerto Seguro se configura, entonces, como un programa voluntario, basado en la autocertificación y en la autoevaluación, que se ofrece a las entidades de los EE.UU. con el fin de obtener, respecto de los datos personales recibidos desde la UE una presunción de adecuación a la protección exigida a nivel comunitario, que permite asegurar, de manera permanente, la legitimidad de las transferencias internacionales de carácter personal”¹³⁶.

Los principios de Puerto Seguro, que se configuran como mínimos para cualquier política privada de protección de datos de carácter personal, son los siguientes:

1. Principio de notificación (“Notice”): establece la obligación que tienen las entidades de informar a los particulares de los fines y utilización de sus datos de carácter personal.

¹³⁴ Porras Zúñiga, Paula. *Derecho A La Información Y Derecho A La Privacidad De Datos Personales. Su Tutela Jurídica En La Nueva Sociedad De La Información*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica 2005. Página 109.

¹³⁵ Consejo permanente de la Organización de Estados Americanos. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Principios Y Recomendaciones Preliminares Sobre La Protección De Datos (La Protección De Datos Personales)*. Páginas 5 -6. Extraído de: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2921-10_rev1_corr1_esp.pdf el 30/11/2014.

¹³⁶ Ortega Giménez, Alfonso, Óp. cit., página 212.

2. Principio de Opción (“Choice”): dispone la obligación de las entidades de ofrecer a los particulares la posibilidad de decidir si sus datos de carácter personal pueden ser o no cedidos a un tercero.
3. Principio de Transferencia Ulterior (“Onward Transfer”) señala que para revelar información a terceros que no participen en el sistema de Puerto Seguro, las entidades deberán aplicar los Principios de notificación y de opción.
4. Principio de Seguridad (“Security”): establece que las entidades que se encargan de la recogida de datos de carácter personal deberán tomar todas las precauciones que estimen oportunas con el fin de evitar su pérdida, modificación o destrucción.
5. Principio de Integridad de los datos (“Data Integrity”): señala que los datos de carácter personal deben ser pertinentes con respecto de los fines con los que se utiliza.
6. Principio de acceso (“Access”): recoge el derecho de los participantes al conocimiento de sus datos de carácter personal que las entidades tengan sobre ellos y poder corregirla, modificarla o suprimirla en caso de que sea inexacta.
7. Principio de aplicación (“Enforcement”) dispone la necesidad de incluir una vía de recurso para los interesados que se vean afectados por el incumplimiento de la normativa sobre transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU y la UE.

Se exceptúa la aplicación de estos principios en aquellos casos en que sea necesario para cumplir las exigencias de seguridad nacional, interés público y cumplimiento de la ley; cuando una disposición legal o resolución jurisdiccional así lo establezca y cuando la Directiva o cualquier norma de los Estados miembros de la UE lo permita.¹³⁷

Entre las principales ventajas que ofrece el sistema de Principios de Puerto Seguro se pueden mencionar:¹³⁸

- constituye un marco normativo uniforme, permanente, estable y definitivo para la protección de los datos personales y para la transferencia internacional de datos de carácter personal entre la UE y los EE.UU.
- permite la aprobación automática por todos los Estados miembros de la UE de las transferencias internacionales de datos de carácter personal con destino a los EE.UU.
- sustituye a las legislaciones internas de cada uno de los Estados miembros de la EU.

A efectos de supervisar el cumplimiento del Acuerdo, el Departamento de Comercio de los Estados Unidos ha designado a la Federal Trade Commission (FTC) como autoridad supervisora. La FTC tiene competencia para enfrentar actos y prácticas injustas y defraudatorias que afectan el comercio. Sin embargo, en principio, la FTC carece de competencia cuando la información tiene otros

¹³⁷ *Ibíd.* Página 214.

¹³⁸ *Ibíd.* Página 212.

propósitos, tal como en telecomunicaciones y transporte; en estos casos la FTC tiene, en el mejor de los casos, una competencia residual o concurrente con otras autoridades.¹³⁹

En caso de incumplimiento por parte de las entidades estadounidenses del sistema de Puerto Seguro, caben dos posibilidades¹⁴⁰:

a) La suspensión de las transferencias de datos de carácter personal hacia una entidad que haya autocertificado su adhesión a los Principios y su aplicación de conformidad con las Frequently Asked Questions (FAQ), con el fin de proteger a los particulares de un “tratamiento fraudulento” de sus datos de carácter personal de los particulares, o la adopción de cualquier otra medida dentro de sus competencias con el fin de evitar ese “tratamiento fraudulento” de los datos de carácter personal de los particulares.

b) Si se demostrara que un organismo encargado del cumplimiento de los Principios de Puerto Seguro en los EE.UU. no está ejerciendo su función, la Comisión Europea le notificará al US Department of Commerce que tiene intención de adoptar toda una serie de medidas con el objeto de anular,

¹³⁹ Cerda Silva, Alberto. “El "nivel adecuado de protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n° 36, agosto 2011. Extraído de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100009&lng=es&nrm=iso el 01/10/2014.

¹⁴⁰ Ortega Giménez, Alfonso, *Op. cit.*, Página 214.

suspender o restringir la transferencia internacional de datos de carácter personal entre los EE.UU y la UE.¹⁴¹”

“Inicialmente, el "Acuerdo de Puerto Seguro" creó optimistas reacciones, ya que anticipaba la posibilidad de armonizar los marcos normativos de los Estados Unidos y de la Unión Europea. Sin embargo, el tiempo ha permitido apreciar los reales efectos del Acuerdo: la multiplicidad de las disposiciones legales aplicables, el mosaico de autoridades de supervisión, el limitadísimo "enforcement", el amplio margen para la autorregulación, el aún reducido número de organizaciones que han adherido, y la credibilidad del mecanismo de auto-certificación, son factores que generan cierta decepción sobre la eficacia del "Acuerdo de Puerto Seguro" y el nivel de protección que este proveería para los datos personales.

A pesar de la limitada utilidad del "Acuerdo de Puerto Seguro", la Unión Europea ha reconocido a las entidades adheridas a él como proveedoras de un adecuado nivel de protección y, consiguientemente, ha autorizado la transferencia de datos personales desde la Unión Europea hacia ellas. Así pues, pareciera ser que ni la ausencia de una autoridad de supervisión independiente ni la carencia de un régimen legal comprensivo, incluso del tratamiento de datos efectuadas tanto en el sector público como el privado, han constituido barreras para el libre flujo de información desde la Unión

¹⁴¹Ibid. Páginas 214 – 215.

*Europea a los Estados Unidos, ni, como veremos, deberían constituirlo en lo sucesivo”.*¹⁴²

Dejar el tratamiento de datos sujeto únicamente a las reglas del mercado, tal y como lo pretende los Estados Unidos de Norteamérica genera desprotección y vulnera al individuo, ya que se tiende a abusar del poder, y quien tiene información cuenta con poder”¹⁴³.

SUBSECCIÓN TERCERA. UN CASO ESPECÍFICO: DIRECTRICES DE LA OCDE

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) es un foro de cooperación internacional cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

Para un país, ser parte de la OCDE conlleva un reconocimiento significativo, ya que otorga prestigio al ser parte del llamado “club de los países ricos”, y transmite la idea de que se trata de un país estable y confiable, lo cual genera atracción para los inversores y confianza para acceder a financiamientos.

“Pertener a esa organización implicaría someter anualmente nuestras políticas al escrutinio de los demás, lo cual serviría un doble propósito: esforzarse por diseñar e implementar buenas políticas económicas, y recibir las sugerencias y críticas de los demás colegas.

¹⁴² Cerda Silva, Alberto, Óp. cit.

¹⁴³ Puccinelli Oscar R., Óp. cit., página 5.

También nos permitiría aprender de las buenas y malas experiencias ajenas para mejorar las nuestras”¹⁴⁴.

La importancia del tema radica en que para el año 2015, Costa Rica iniciará el proceso para ser miembro de la organización, iniciativa que ha sido aplaudida por diferentes sectores del país.

“En un país como el nuestro que carece de planificación y estrategia a largo plazo o que a veces simplemente se deja de seguir la estrategia por intereses individuales cortoplacistas, la OCDE no siempre será popular ya que constantemente nos llamara al orden; pedirá que Costa Rica se apegue a su estrategia para alcanzar sus metas y posiblemente hasta nos haga sugerencias en cómo llegar a nuestros objetivos más eficientemente. Quizá entonces la OCDE será bien recibida por los ciudadanos pero no tanto por los políticos”¹⁴⁵.

En relación con la investigación que se atañe, ante la constatación por parte del Consejo de la OCDE de la inexistencia de una regulación uniforme en materia de protección de la intimidad y la circulación transfronteriza de datos personales entre los distintos Estados miembros, lo cual dificultaba el flujo de los

¹⁴⁴ Editorial. “Costa Rica hacia la OCDE”. *La Nación*. 3 de junio del 2013. Extraído de: http://www.nacion.com/opinion/editorial/Costa-Rica-OCDE_0_1345465634.html el 28/11/2014.

¹⁴⁵ Montoya Fendt, Fabián. “¿Qué beneficios traerá la eventual adhesión de Costa Rica a la OCDE?” *Economía Nacional*, Junio, 2013. Extraído de: http://economistascr.com/blogarticulos/index.php?option=com_content&view=article&id=164:beneficios-de-unirse-a-la-ocde&catid=11:economia-nacional&Itemid=13 el 28/11/2014.

datos personales entre ellos mismos¹⁴⁶, es que se crean las Directrices, las cuales son consideradas el primer instrumento supranacional que analiza el derecho a la protección de datos personales. Las Directrices contienen los tres principios aplicables a sus países miembros: democracia pluralista, respeto de los derechos humanos y economías de mercado abiertas.¹⁴⁷

Las Directrices de la OCDE que Regulan la Protección de la Privacidad y el Flujo Transfronterizo de Datos Personales recomiendan¹⁴⁸:

- Que los países miembros tengan en cuenta en su legislación interna los principios básicos aplicables a la protección de la privacidad y las libertades individuales, establecidos en este documento.
- Que los estados miembros se esfuercen por eliminar o evitar que aparezcan, en nombre de la protección de la privacidad, obstáculos injustificados para los flujos transfronterizos de datos personales.
- Que los países miembros colaboren en la implantación de las Directrices.
- Que los estados miembros convengan los procedimientos de consulta y cooperación para la aplicación de estas Directrices.

Las guías de la OCDE contienen ocho principios complementarios de aplicación nacional y cuatro de aplicación internacional que son considerados

¹⁴⁶ Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. *La Protección De Datos Personales En México: Una Propuesta Para Deliberar*. Julio de 2008 Página 4. Extraído de: http://cotaipo.org.mx/biblioteca_virtual/datos_personales/5.pdf el 28/11/2014.

¹⁴⁷ Millán Gómez, Agustín, Óp. cit., página 26-27.

¹⁴⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Directrices Relativas A La Protección De La Intimidad Y De La Circulación Transfronteriza De Datos Personales*.

como los estándares mínimos por seguir para la obtención, el procesamiento de datos y el libre flujo transfronterizo de datos para los sectores público y privado¹⁴⁹.

Los ocho principios de aplicación a nivel nacional son los siguientes¹⁵⁰:

1. El principio de limitación de recogida: consiste en la imposición de límites para la obtención de datos personales a través de medios “legales y honestos” haciéndolo del conocimiento y obteniendo el consentimiento;
2. El principio de “Calidad de los datos”, consistente en la correspondencia de los fines para los que se van a usar y en la medida en que sean necesarios, asegurando la exactitud, totalidad y actualización de los datos;
3. El principio de especificación de los fines, consiste en detallar el propósito de recabar información en el momento cuando se lleva a cabo la recolección y el subsecuente uso limitado del cumplimiento de dichos propósitos u otros que no sean incompatibles con aquellos propósitos especificados en cada ocasión;
4. El principio de limitación de uso, radica en no divulgar los datos personales o aquellos utilizados para propósitos distintos de los contemplados en el principio anterior, excepto:

¹⁴⁹ Velasco San Martín, Cristos, Óp. cit., página 7-8

¹⁵⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Directrices Relativas A La Protección De La Intimidad Y De La Circulación Transfronteriza De Datos Personales*.

- a. el consentimiento sobre la materia de datos;
 - b. mediante una autoridad contemplada en ley.
5. El principio de salvaguarda de la seguridad, gravita en proteger los datos personales e información mediante mecanismos razonables en contra de riesgos, tales como pérdida, acceso no autorizado, destrucción, utilización, modificación o divulgación de datos;
 6. El principio de transparencia, indica que se deben establecer políticas generales de transparencia sobre el tratamiento, uso, prácticas y políticas con respecto de los datos personales. Se deben poner los medios necesarios para establecer la existencia y la naturaleza de los datos personales, los principales fines para los que se van a usar, y la identidad y el domicilio del inspector de datos;
 7. El principio de “Participación individual”, el derecho que tiene un individuo de: obtener del inspector de datos la confirmación de tener o no los datos del individuo; que el inspector de datos se lo haya comunicado en un tiempo y forma razonable; obtener respuesta del inspector de datos si una solicitud le ha sido negada y tener la posibilidad de impugnarla; tener la posibilidad de impugnar datos personales y si la impugnación resulta exitosa solicitar que los datos sean eliminados, modificados, rectificados o complementados; y
 8. El principio de “Responsabilidad”, consistente en la responsabilidad del inspector de datos de cumplir efectivamente con medidas suficientes para implementar los siete principios anteriores.

El enfoque básico de los principios de cooperación internacional se concentra en la permisión y protección del flujo transfronterizo de datos, y del establecimiento únicamente de restricciones legítimas, para preservar el ambiente de comercio global entre los países.

Los cuatro principios innominados de aplicación internacional son los siguientes¹⁵¹:

1. Que los países miembros tomen en cuenta las implicaciones que tiene el procesamiento doméstico y la reexportación de datos personales para otros países miembros;
2. Que los países miembros tomen las medidas apropiadas y razonables para asegurar que los flujos transfronterizos de datos personales, incluyendo el tránsito a través de un país miembro, sea ininterrumpido y seguro;
3. Que un país miembro se abstenga de restringir los flujos transfronterizos de datos personales entre sí mismo y otros países miembros, excepto cuando este último no haya observado sustancialmente estos lineamientos o cuando la reexportación de dichos datos contravenga su legislación interna de privacidad. Un país miembro podrá imponer restricciones en relación con ciertas categorías de datos personales para las cuales su legislación doméstica de privacidad incluya regulaciones específicas en vista de la naturaleza de

¹⁵¹ Ídem.

aquellos datos y para los cuales el otro país miembro no proporcione protección equivalente.

4. Los países miembros deberán evitar el desarrollo de leyes, políticas y prácticas en nombre de la protección de la privacidad y las libertades individuales que pudieran crear obstáculos a los flujos transfronterizos de datos personales que pudieran exceder requisitos para dicha protección.

Estos principios de aplicación internacional influyen sobre las restricciones en el libre flujo y la legitimidad, pues establecen que los países miembros deben considerar las implicaciones que el procesamiento nacional y la reexportación de datos personales puedan tener para otros países, así como tomar pasos razonables y apropiados para asegurar que el flujo transfronterizo, se realice de forma ininterrumpida y segura.¹⁵²

De igual forma, impone una restricción para el intercambio transfronterizo de los datos, cuando el país receptor todavía no observe de forma sustancial las Directrices, o cuando la reexportación de los datos burle la legislación nacional sobre privacidad. Estas Directrices, también, permiten que cada país miembro pueda establecer restricciones a ciertas categorías de datos personales regidas por normativas específicas, contenidas en su legislación nacional sobre privacidad, y que por su naturaleza no tienen una protección equiparable en el país receptor, con la limitante a la elaboración de leyes, políticas y prácticas que

¹⁵² Millán Gómez, Agustín, Óp. cit., página 27

podrían crear obstáculos al flujo transfronterizo de datos personales, excediendo los requisitos para tal protección.¹⁵³

*“Las Directrices de la OCDE también proporcionan que la libre circulación de información a través de fronteras nacionales no debe ser restringida a menos que la nación destinataria “todavía no observe sustancialmente estas Directrices o donde la reexportación de tales datos sean contrarias a la legislación doméstica de privacidad”. Las directrices de la OCDE expresan una equivalencia estándar, que significa que la nación destinataria de flujo transfronterizo de datos debe tener leyes de protección de datos que protejan la privacidad personal en la misma medida como las naciones de donde reciben los datos”*¹⁵⁴

El contenido de estas guías sobre privacidad y protección de datos, proporcionan principios y reglas específicas por seguir para que los gobiernos adopten políticas de regulación efectivas sobre privacidad y protección de datos y sobre todo sirven como fundamento para uniformar legislaciones en materia de privacidad que permitan, simultáneamente, evitar distorsiones al libre flujo transfronterizo de la información y los datos personales a nivel internacional.¹⁵⁵

¹⁵³ Ibid. Página 27 y 28.

¹⁵⁴ Roch Michael P., *Op. cit.*, página 74.

“The OECD Guidelines also provide that the free flow of information across national borders should not be restricted unless the recipient nation “does not yet substantially observe these Guidelines or where the re-export of such data would circumvent its domestic privacy legislation.” The OECD guidelines thus expressed an equivalency standard, which means the recipient nation of a transnational data flow must have data protection laws that protect personal privacy to the same extent as the nations from which it receives data”.

¹⁵⁵ Velasco San Martín, Cristos. *Op. cit.*, página 7-8

CAPÍTULO TERCERO. LOS FLUJOS TRANSFRONTERIZOS Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA FINANCIERO.

Este capítulo pretende exponer, aunque de forma somera, la principal normativa que regula a las entidades financieras en cuanto al manejo que deben efectuar sobre la información que llega a su conocimiento en virtud de la actividad que realizan; dando especial énfasis a la confidencialidad que se debe guardar sobre los datos que se entienden cubiertos por el secreto profesional, principio que informa este tipo de actividades.

En adición a lo dicho, se pretende dejar claro que de acuerdo con la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, los datos financieros se encuentran protegidos por dicha normativa, esto con base en el artículo 3, inciso b, del citado cuerpo legal.

SECCIÓN PRIMERA: NORMATIVA QUE REGULA EL MANEJO DE DATOS POR PARTE DE ENTIDADES FINANCIERAS.

SUBSECCIÓN PRIMERA. LAS ENTIDADES FINANCIERAS

EL CONCEPTO DE SECRETO BANCARIO: DATOS PROTEGIDOS POR ESTA FIGURA Y NORMAS RELACIONADAS.

En la normativa costarricense, el concepto de dato bancario no está expresamente definido, sin embargo, su contenido se ve delimitado constantemente al establecer el concepto de secreto bancario, lo que debe entenderse como información protegida por éste.

El artículo 615 de Código de Comercio, ordinal que regula, específicamente, este particular, sitúa como datos protegidos por el secreto bancario los contenidos dentro de las cuentas corrientes:

*“Artículo 615: Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los Bancos solo 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 Superintendencia General de Entidades Financieras.”*¹⁵⁶

Además, según Jiménez Sandoval, pese a que a primera vista, si se examina el artículo 615 del Código de Comercio, cabe entender que sólo el depósito en cuenta corriente de cheques está protegido por el principio (secreto bancario), si se repara que ese contrato difiere de otras clases de depósitos irregulares o captaciones mediante emisión de valores, únicamente en cuanto al medio usado para realizar la captación o los retiros, no hay motivo para no aplicar el secreto a esas formas de captación, máxime si el artículo del 529¹⁵⁷ del Código de Comercio indica que los depósitos que se hacen en los bancos en cualquier otra forma, no mediante cuenta corriente, se rigen por lo dispuesto para este último, y si se amplía el análisis de otras actividades, como la

¹⁵⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.3284. Código de Comercio*. Diario Oficial La Gaceta. 26 de setiembre de 1953. Artículo 615.

¹⁵⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.3284. Op. Cit., Artículo 529*. Artículo 529.- Los depósitos que se hacen en los bancos en cuenta corriente, o en cualquier otra forma, se rigen por las disposiciones del capítulo de Cuenta Corriente Bancaria y por lo que al respecto dispone la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y los reglamentos respectivos.

colocación y las operaciones indicadas en el artículo 116¹⁵⁸ de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, que versa sobre las comisiones de confianza que pueden ser realizadas por los bancos, la conclusión es la misma, pues esa interpretación permite lograr lo perseguido con la institución, y de esta forma explica que develar detalles de créditos de cobros o pagos realizados, puede poner al descubierto asuntos protegidos por el secreto, como relaciones familiares y ciertos aspectos de los negocios, por lo que se concluye que el secreto protege toda actividad bancaria que, de no estarlo, impediría la consecución de los fines que motivaron su creación.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.1644. Ley Orgánica de Sistema Bancario Nacional*. Diario Oficial La Gaceta. 27 de mayo de 1964.

Artículo 116.-Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza: 1) Recibir en custodia fondos, valores, documentos y objetos y alquilar cajas de seguridad para la guarda de valores. 2) Actuar como agentes financieros y comprar o vender, por orden y cuenta de sus clientes toda clase de valores y bienes. 3) Hacer cobros y pagos por cuenta ajena y efectuar otras operaciones por encargo de sus clientes, siempre que sean compatibles con su naturaleza de bancos comerciales. 4) Actuar como depositarios judiciales o extrajudiciales o como interventores en negocios o asuntos bancarios. 5) Actuar como liquidadores de toda clase de personas, siempre que no se hallaren en estado de quiebra o de insolvencia. 6) Actuar como mandatarios y, especialmente, como administradores de bienes sucesorios o que pertenezcan a menores, incapaces o ausentes. 7) Realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables. (Así reformado este párrafo primero por el artículo 189 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores No.7732 de 17 de diciembre de 1997) En la eventualidad de que terceras personas pretendieran algún derecho sobre los bienes afectados en fideicomiso, o que dichos bienes fueran amenazados en alguna forma por motivos anteriores a la fecha del contrato de fideicomiso, los bancos, como fiduciarios, si están en conocimiento de dichos hechos deberán ponerlo en conocimiento del fideicomitente y de los beneficiarios para que ellos ejerciten los derechos y acciones correspondientes, siendo esta la única obligación de los bancos en ese sentido. Si los motivos fueran posteriores a la fecha del fideicomiso, se estará a lo dispuesto en el artículo 644 inciso e) del Código de Comercio. En el contrato respectivo puede convenirse en el establecimiento de controles en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. Si se establecieran "Comités Especiales" con ese propósito el fiduciario al sujetarse a sus disposiciones, descargará su responsabilidad en cuanto a la respectiva transacción. Respecto del Impuesto de la Renta por los rendimientos de los bienes afectados en fideicomiso, la obligación de los bancos como fiduciarios se limitará a notificar a la Tributación Directa, con copia al fideicomitente los beneficios reportados como renta por el capital fideicometido, debiendo dicho informe remitirse aun en el caso de que el patrimonio afectado esté constituido por valores exentos del pago del Impuesto de la Renta. En este último caso, lo advertirá así.

¹⁵⁹ Jiménez Sandoval, Humberto. (2010). *Curso de Derecho Bancario*. San José, Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia. p. 288.

En ese sentido, la Sala Constitucional ha interpretado que el secreto bancario cubre todos aquellos datos que lleguen a ser de conocimiento de las entidades en virtud de las relaciones jurídicas que las vinculan con sus clientes:

“De todo lo anterior puede concluirse que el secreto bancario es 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.”¹⁶⁰

Como se desprende de la cita de jurisprudencia anterior, se trata de una obligación de dos aristas, por un lado, es un deber derivado de la relación comercial, y por otro, una obligación profesional; en todo caso queda claro que el secreto bancario no se limita únicamente a la información consignada dentro de las cuentas corrientes, o a la información que se derive de los depósitos que igualmente se rigen por las normas aplicables a ésta, sino que va mucho más allá, considerando como datos protegidos por esta figura todos aquellos datos que

¹⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 14201 – 2004. Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=298768&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014 y Resolución número 17518-2006. Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=368460&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

llegan a ser de conocimiento de la entidad en medio de las circunstancias apuntadas; la jurisprudencia que avala lo dicho en este sentido no es poca.¹⁶¹

La tutela específica que ostenta el secreto bancario no fue un tema pacífico. La discusión sobre si se trataba de una tutela meramente legal (entendiendo que está regulado dentro del Código de Comercio)¹⁶² o si más bien se trata de una tutela constitucional (entendiendo que se deriva del artículo 24 del texto constitucional)¹⁶³ fue una discusión que permaneció abierta hasta

¹⁶¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 8127-1997. Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=113178&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

“... por un lado la obligación -como regla- del órgano del Estado encargado de la supervisión de la actividad bancaria de guardar discreción sobre los datos que obtiene en el ejercicio de esa función, salvo las excepciones previstas, las que, en todo caso, deben seguir un trámite administrativo especial (...). Los deberes impuestos en las normas anteriores también resultan inherentes a la naturaleza de la actividad bancaria, y tienen como fin proteger la relación cliente-banco, mediante el uso adecuado y legítimo de la información que éste da a la institución financiera, de manera que no se defraude una confianza legítimamente depositada. (...)”.

¹⁶² En ese sentido ver: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 5507-1994. Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=98089&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

“Menos puede sostenerse que el principio del secreto bancario tiene rango constitucional, pues no pasa de ser una de las características que el legislador ha elegido para nuestro sistema, por lo que su trascendencia es únicamente legal, por lo que las eventualidades de su aplicación han de ventilarse y resolverse en la sede correspondiente, sea la civil para los daños y perjuicios irrogados o bien la penal, en busca de las sanciones pertinentes.” ; y

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia .Resolución Número 7-1994. Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=122520&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

“Si bien el secreto bancario - acordado por Ley especial al efecto - impide a las entidades financieras revelar datos a terceras personas sobre documentos privados de sus clientes, lo cierto es que en el caso de examen no opera, ya que el banco lo que hizo fue hacer llegar a las autoridades correspondientes los cheques objeto del conflicto, a fin de que se iniciara la investigación judicial, habida cuenta de haber sufrido, aparentemente, con el empleo de aquellos, un menoscabo en su patrimonio, situación que podría constituir un delito de acción pública, sin que tal proceder implique, como se dijo, una violación a lo dispuesto en el artículo 24 Constitucional, que de por sí no cubre el secreto bancario, pues no tiene contenido constitucional.” Resolución Número 7-1994. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹⁶³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 578-1992. Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=578&strTipM=T&strDirSel=directo

mediados de la década de los noventa; sin embargo, la discusión quedó zanjada cuando la Sala Constitucional en la resolución 3929-95, dejó claro que el secreto bancario no tiene rango constitucional.

Esta resolución fue producto de una consulta de constitucionalidad formulada en relación con el, en ese momento, Proyecto de Ley de Justicia Tributaria, y exponían los consultantes en relación con el artículo 24 Constitucional, que lo dispuesto en el inciso e) del artículo 106 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Proyecto), imponía a los bancos y otras entidades financieras y de crédito, la obligación de entregar a la Administración tributaria, información sobre las operaciones financieras de sus clientes o usuarios, siempre y cuando el *"levantamiento del secreto bancario"* hubiere sido autorizado por una autoridad judicial, previo cumplimiento, por parte de la autoridad administrativa, de los requisitos allí señalados; facultad que estimaban podía vulnerar el citado artículo 24, en cuanto permite el levantamiento del secreto bancario sin que medie un proceso judicial, respecto a lo cual entendió la Sala que *"De la exégesis de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Política se desprende, con claridad que en él no se establece ni tampoco se regula el denominado "secreto bancario", razón por la que tanto su instauración como su*

judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=87940&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

"...En general toda la actividad bancaria que involucre contratos, solicitudes y cualquier otro tipo de relación con particulares -como clientes-, está, por su naturaleza, amparada al secreto bancario. Las operaciones que efectúan los particulares con los bancos -como sujetos de derecho privado- constituyen tanto en su obtención como en la forma y el modo de su constitución y servicio, documentos privados que están amparados a la protección que establece el artículo 24 Constitucional -salvo que por su naturaleza deban constar en documentos públicos o en registros, también públicos, de los cuales, y sin intervención del banco, se podría obtener la información que ellos contengan-, así que el banco no puede suministrarla sino en los casos y en la forma que aquel artículo prevé para ello..."

*regulación en el ordenamiento jurídico es medularmente legal y no constitucional. Así el procedimiento establecido por el inciso cuestionado, sin entrar en mayores consideraciones acerca de los reparos formulados por los Diputados, no puede quebrantar lo establecido en el artículo 24 de la Carta Magna, como tampoco excede el límite de la actuación administrativa -sin control judicial "a priori"- en esta materia [...] pues la propia norma impone a la Administración tributaria la exigencia de una autorización judicial para el levantamiento del denominado "secreto bancario".*¹⁶⁴

Según lo expuesto supra, resulta claro que el secreto bancario no ostenta rango constitucional, sin embargo, no debe perderse de vista que los datos derivados de las relaciones comerciales sostenidas entre las entidades y sus clientes (información protegida por el secreto), están, además protegidos por el derecho a la autodeterminación informativa, ya que caben dentro del concepto general de datos personales, y específicamente, se encuentran categorizados, según la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales como datos sensibles, datos que corresponden *“al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.”*¹⁶⁵

¹⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 3929-95. Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=83810&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

¹⁶⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N. 8968. Óp. Cit., Artículo 3.

Lo anterior, sin dejar de lado los matices propios del área financiera, precisión que resulta necesaria ya que en este tipo de datos se ven condensados, tanto intereses individuales, como el interés público, y precisamente, devienen de este hecho límites muy específicos sobre la protección por la cual se ven cubiertos en aras de no bloquear las potestades de regulación y vigilancia de la Administración Pública.

Si bien la Constitución costarricense garantiza el derecho a la intimidad, éste no es absoluto, sino que se ve limitado en la medida que debe garantizarse también que la labor de la Administración Pública no se vea entorpecida en aras de ejercer las potestades de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos que le otorgue una norma legal.

Como ha quedado en evidencia, los datos manejados por entidades bancarias, revisten de un carácter especial, al dar intrínsecamente cabida a multiplicidad de situaciones en torno a su manejo; además representan un gran desafío para el Derecho, al tener éste que tutelar por un lado la naturaleza privada de estos, con las implicaciones sobre derechos fundamentales que el tema conlleva; y por el otro, la necesidad de permitir un acceso controlado a esta información por parte de sujetos específicos, y para fines expresamente determinados, con el objeto de garantizar la estabilidad del mercado financiero por un lado, y al mismo tiempo evitar la comisión de delitos, especialmente, los relacionados con el tema fiscal, los que guardan relación con la legitimación de capitales, o bien, otros que se ven más lejanos en nuestro contexto, pero cuya

latencia y peligro han sido reconocidos en tratados internacionales, estos son los relacionados con la financiación del terrorismo.

Existen otras normas íntimamente ligadas a lo dicho hasta ahora. A manera de ejemplo: el artículo 132 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (Ley número 1644) establece que 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, exceptuando de esa prohibición la información que, según la ley deba brindar la Superintendencia al público, la información requerida por autoridad judicial competente, la que sea solicitada por la Junta Directiva del Banco Central, según el procedimiento correspondiente, y la información que sea certificada como tal por el Consejo Directivo.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.1644*, Óp. cit., artículo 132.

Artículo 132. Prohibición.

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. Tratándose de funcionarios de la Superintendencia constituirá, además, falta grave para efectos laborales.

Se exceptúan de la prohibición anterior:

- a) La información que la Superintendencia deba brindar al público en los casos y conforme a los procedimientos expresamente previstos en esta ley.
- b) La información requerida por autoridad judicial competente.
- c) La información solicitada por la Junta Directiva del Banco Central, por acuerdo de por lo menos 5 de sus miembros, en virtud de ser necesaria para el ejercicio de las funciones legales propias de

Según lo anterior, se encuentran protegidos los datos provenientes de “*la información relacionada con los documentos, informes u operaciones de las entidades fiscalizadas*”. Es de especial importancia para los propósitos de esta investigación, llamar la atención sobre lo referente a los informes, por lo que más adelante se indicará respecto de los datos que conforman específicamente el historial crediticio.

En similar sentido versa el numeral 133 del mismo cuerpo normativo, que establece las reglas para brindar información sobre la situación de los deudores, potestad que ostenta la Superintendencia en virtud del ejercicio de sus labores de supervisión preventiva en materia de concentración de riesgos crediticios; la norma establece que está prohibido a los funcionarios, empleados y administradores de las entidades fiscalizadas y de la Superintendencia, suministrar a terceros cualquier dato de la información conocida en virtud del artículo citado.¹⁶⁷

ese órgano. En estos casos, los miembros de la Junta Directiva y demás funcionarios del Banco Central estarán sujetos a la prohibición indicada en el párrafo primero de este artículo.

d) La información de interés público, calificada como tal por acuerdo unánime del Consejo Directivo.

Salvo en los casos que esta Ley establece, ningún funcionario de la Superintendencia o miembro del Consejo Directivo podrá hacer público su criterio acerca de la situación financiera de las entidades fiscalizadas.

Sin perjuicio de las sanciones aplicables, el Superintendente deberá informar al público, por lo medios y en la forma que estime pertinentes, sobre cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, que realice actividades de intermediación financiera en el país sin estar autorizada de conformidad con esta ley.

¹⁶⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.8204. Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo*. Diario Oficial La Gaceta. 11 de enero de 2002.

Artículo 133.- Reglas para manejar información.

De la información que la Superintendencia mantiene en virtud del ejercicio de sus labores de supervisión preventiva, en materia de concentración de riesgos crediticios, la Superintendencia

Referencias contestes se encuentran en la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo (Ley número 8204) norma que presta especial atención al tema de las transacciones sospechosas, y es un ejemplo más de los límites a los que está sujeto el secreto bancario, pero que, sin embargo, no deja de advertir que siempre debe de observarse la confidencialidad respectiva. En ese orden de ideas, el artículo establece que las entidades prestarán atención especial a las transacciones sospechosas, lo mismo resulta aplicable a los órganos de supervisión y fiscalización¹⁶⁸, quienes deberán

podrá informar a las entidades fiscalizadas sobre la situación de los deudores del sistema financiero, de acuerdo con las reglas que se establecen en los incisos siguientes:

a) Cuando una entidad financiera, en la evaluación de una solicitud de crédito, estime necesario conocer la situación del solicitante en la atención de sus obligaciones en el Sistema Financiero Nacional, podrá solicitarle a éste su autorización escrita para que la entidad consulte en la Superintendencia sobre su situación.

b) La entidad supervisada enviará a la Superintendencia la autorización escrita del solicitante, así como la indicación del funcionario o empleado de esta a quien la Superintendencia comunicará la información solicitada. La entidad será responsable por el adecuado uso de la información recibida.

c) La entidad supervisada entregará copia al solicitante del crédito, de la información recibida de la Superintendencia, a efecto de que este pueda revisar la veracidad de los datos. Cuando el solicitante estime que los datos no reflejan la situación real de sus obligaciones, podrá dirigirse a la Superintendencia a efecto de que esta aclare la situación.

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. 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 o certificaciones 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.

e) La Superintendencia deberá establecer las medidas internas que estime necesarias para salvaguardar la confidencialidad de la información a que se refiere este artículo.

f) La información que otorgue la Superintendencia sobre la situación de endeudamiento del solicitante de un crédito, no implica calificación alguna sobre su solvencia y liquidez, por lo que la Superintendencia no será responsable por créditos otorgados por las entidades fiscalizadas con base en la información suministrada.

¹⁶⁸ Ibid. Artículo 24.

Artículo 24. Las entidades sometidas a lo dispuesto en este capítulo prestarán atención especial a las transacciones sospechosas, tales como las que se efectúen fuera de los patrones de transacción habituales y las que no sean significativas pero sí periódicas, sin fundamento económico o legal evidente. Lo dispuesto aquí es aplicable a los órganos de supervisión y fiscalización.

comunicarlo, confidencialmente y en forma inmediata, al órgano de supervisión y fiscalización correspondiente, el cual las remitirá inmediatamente a la Unidad de Análisis Financiero.¹⁶⁹

Finalmente, vale la pena mencionar, aunque por el momento tan solo de manera superficial, las obligaciones consignadas a las entidades financieras en el Código de Normas y Procedimiento Tributarios, el cual establece que éstas deben proporcionar información relativa a las operaciones financieras y económicas de sus clientes o usuarios, previa orden de la autoridad judicial competente tramitada a la vez por el Director General de Tributación Directa.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Ibid. Artículo 25.

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.

¹⁷⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.4755. Código de Normas y Procedimientos Tributarios*. Diario Oficial La Gaceta. 3 de mayo de 1971.

ARTICULO 106. Deberes específicos de terceros.

Los deberes estipulados en este artículo se cumplirán sin perjuicio de la obligación general establecida en el artículo anterior, de la siguiente manera: a) Los retenedores estarán obligados a presentar los documentos informativos de las cantidades satisfechas a otras personas, por concepto de rentas del trabajo, capital mobiliario y actividades profesionales.

b) Las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y los colegios profesionales deberán suministrar la información de trascendencia tributaria que conste en sus registros, respecto de sus socios, asociados, miembros y colegiados.

c) Las personas o las entidades, incluidas las bancarias, las crediticias o las de intermediación financiera en general que, legal, estatutaria o habitualmente, realicen la gestión o la intervención en el cobro de honorarios profesionales o de comisiones, deberán informar sobre los rendimientos obtenidos en sus actividades de captación, colocación, cesión o intermediación en el mercado de capitales.

d) Las personas o las entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuenta, valores u otros bienes de deudores de la hacienda pública, en el período de cobro judicial, están obligadas a informar a los órganos y a los agentes de recaudación ejecutiva, así como a cumplir con los requerimientos que ellos les formulen en el ejercicio de sus funciones legales.

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.

A modo de conclusión general, tanto de la normativa, como de la jurisprudencia costarricense es posible considerar que son datos protegidos por el secreto bancario, no solo aquellos contenidos en las cuentas corrientes bancarias, sino todos aquellos que llegan a conocimiento de una entidad en virtud de la relación comercial cliente-banco, adicionalmente estos datos son datos personales y como tales se encuentran protegidos por la Ley de Protección a la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, siendo considerados por ésta como datos sensibles al ser datos referentes a la condición socioeconómica de una persona; son además confidenciales, según la legislación, los datos contenidos en los documentos, informes u operaciones de las entidades financieras, así como los datos derivados del comportamiento de crédito.

La protección a la cual están sujetos estos datos está delimitada por el interés público, esto tiene especiales implicaciones: (i). En relación con la estabilidad de sistema financiero (ii). El blanqueamiento de capitales producto de la comisión de delitos, especialmente aquellos ligados con el narcotráfico, (iii). Los ilícitos tributarios, (iv). El financiamiento del terrorismo.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. CONSIDERACIONES ESPECÍFICAS SOBRE LOS DATOS DERIVADOS DEL COMPORTAMIENTO CREDITICIO.

Únicamente podrá solicitarse información sobre contribuyentes o sujetos pasivos previamente escogidos, mediante los criterios objetivos de selección para auditoría, debidamente publicados por la Administración Tributaria e incluidos en el Plan Anual de Auditoría vigente a la fecha de la solicitud.

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.

LOS DATOS DERIVADOS DEL COMPORTAMIENTO CREDITICIO: RELACIÓN DIALÉCTICA ENTRE EL INTERÉS INDIVIDUAL Y EL INTERÉS PÚBLICO.

Se considera que el comportamiento de pago histórico está conformado por los *“antecedentes crediticios del deudor en la atención de sus obligaciones financieras durante los últimos cuatro años, independientemente de si éstas se encuentran vigentes o extintas a la fecha de corte”*¹⁷¹; el concepto anterior se encuentra íntimamente ligado al de operación crediticia, considerándose esta como *“Toda operación, cualquiera que sea la modalidad de instrumentación o documentación, excepto inversiones en valores, mediante la cual -asumiendo un riesgo de crédito- una entidad provee o se obliga a proveer fondos o facilidades crediticias, adquiere derechos de cobro o garantiza frente a terceros el cumplimiento de obligaciones”*¹⁷². Según lo anterior el comportamiento de pago histórico se conforma por la atención del deudor a sus obligaciones financieras, restringiendo éstas últimas al concepto de operación crediticia, según los parámetros expuestos.

La doctrina ha entendido que los datos derivados del comportamiento de crédito, no están sujetos únicamente a intereses de carácter individual, y por el contrario el conocimiento de estos datos es de medular importancia atendiendo al propósito de resguardar el interés público.

En ese sentido, Pucinelli manifiesta *“[...]la posibilidad de contar con bancos de datos confiables ya actualizados, por ejemplo, en el sector crediticio y financiero, provoca, entre otros beneficios, la reducción de las tasas de interés (éstas contienen*

¹⁷¹ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *Acuerdo SUGEF 1-05. Reglamento para la clasificación de deudores*. Diario Oficial la Gaceta. 9 de diciembre del 2005. Artículo 3, inciso b.

¹⁷² *Ibíd.* Artículo 3, inciso h.

en su formulación una tasa de riesgo de incobrabilidad que obviamente es mayor si los registros de morosidad son insuficientes o poco confiables)."¹⁷³

Este tema ha sido objeto de vasta jurisprudencia emitida por la Sala Constitucional, tribunal que ha manifestado que aun sin consentimiento del titular, es constitucionalmente válido que los datos crediticios sean compilados y puestos a disposición de terceros, así como tampoco resulta contrario a la Constitución Política poseer información de las acciones judiciales gestionadas para el cobro, entendiendo que *"son datos públicos aquellos que contienen información crediticia que se encuentra en los libros de entradas de expedientes del Poder Judicial"*¹⁷⁴. Lo anterior claro, partiendo del respeto a los principios de la autodeterminación informativa.

A manera de ejemplificación, cabe mencionar que de lo anterior deriva la posibilidad de recabar datos sobre el historial crediticio de una persona, por considerarse que esta información resulta necesaria para la protección de una actividad de interés público:

"Sobre la necesidad de que el interesado dé su expreso consentimiento para la recolección y uso de datos referentes a su persona, esta Sala considera que ello es cierto cuando se trata de datos personales de interés meramente privado. No ocurre lo mismo respecto de la información que revele el historial crediticio de una

¹⁷³ Puccinelli, Óscar R. Óp. Cit., p 7.

¹⁷⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución 09058-2004. Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=288494&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

persona, la cual es necesaria para la protección de una actividad mercantil de interés público y necesaria para el desarrollo, como lo es el crédito. En ese sentido, no resultaría lógico exigir que toda persona diera su expreso asentimiento para el almacenamiento de datos suyos referentes a créditos anteriores, pues posiblemente las personas con problemas de pago estarían renuentes a prestar sus datos, y así el sistema perdería el sentido que tiene. Además, procede esta información de transacciones comerciales realizadas por el recurrente, mismas que no obedecen a una obligación de confidencialidad excepto que exista pacto expreso o que así lo indique la Ley. Por lo anterior, también en cuanto a este aspecto considera la Sala que no lleva razón el petente, por lo que deberá ser desestimado el recurso, como en efecto se hace... " 175

La Sala ha interpretado, entonces, que el conocimiento de los datos referentes al comportamiento crediticio constituye un interés público; y aunque los montos y las fuentes de la deuda no son de dominio público “*lo son las acciones como deudor, la probidad con que haya honrado sus obligaciones y la existencia de antecedentes de incumplimiento crediticio*”.¹⁷⁶

La Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, hace una remisión directa a las normas propias del Sistema

¹⁷⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 4749-1999. Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=312356&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

¹⁷⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 08596-2004. Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=280955&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

Financiero Nacional, cuando se trate de datos referentes al comportamiento crediticio¹⁷⁷.

La normativa a la cual se refiere, establece en qué condiciones los datos derivados del comportamiento de crédito pueden ser considerados como información pública, en resguardo de intereses superiores, y cuándo por el contrario realmente debe privar el derecho a la intimidad, por lo que el acceso- usando la palabra en sentido amplio- a este tipo de datos debe estar sujeto a una autorización por parte de su titular.

Consecuentemente con lo dicho hasta ahora, se ha creado todo un marco normativo para estos efectos. Las entidades financieras están obligadas a remitir información de los deudores a la SUGEF, con el propósito de que ésta pueda llevar a cabo sus funciones de supervisión y control¹⁷⁸, a la vez la SUGEF con

¹⁷⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*, Óp. Cit., Artículo 9.

[...]4.- Datos referentes al comportamiento crediticio

Los datos referentes al comportamiento crediticio se registrarán por las normas que regulan el Sistema Financiero Nacional, de modo que permitan garantizar un grado de riesgo aceptable por parte de las entidades financieras, sin impedir el pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación informativa ni exceder los límites de esta ley.”

¹⁷⁸ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *Acuerdo SUGEF 1-05*, Op. Cit., Artículo 25.

Artículo 25. Incumplimiento en el envío de información: Para las entidades financieras que en un determinado periodo no remitan la totalidad de los XML de las clases de datos Personas, Garantías y Operaciones Crediticias de SICVECA o que remitan la información fuera del plazo de entrega predefinido, por razones no atribuibles a fallas en los equipos informáticos de la SUGEF, el monto de la estimación por deterioro e incobrabilidad de la cartera de crédito y la estimación por incobrabilidad de créditos contingentes debe calcularse de la siguiente manera:

1. Determinar para el último mes de envío completo de la información, el porcentaje que representa el monto de la estimación mínima respecto de la cartera de crédito sujeta a estimación de ese mismo mes.

2. El monto de las estimaciones a registrar contablemente debe ser igual o mayor al monto que resulta de multiplicar: el porcentaje determinado en el punto 1. anterior por el saldo en el mes de no envío de información de las cuentas indicadas en el Anexo 1 “Operaciones Crediticias sujetas a estimación”, aplicándose el equivalente de crédito que corresponda a las cuentas contingentes, más la cuenta 148.03. A este saldo resultante de esta multiplicación se suma el monto que resulte de multiplicar el saldo de la cartera A1 y A2 del último mes de envío completo de la información por un

estos datos pone a disposición de las entidades información de dominio público sobre los deudores¹⁷⁹.

Con el objeto de precisar términos, resulta oportuno indicar que el deudor (o codeudor) debe de ser entendido como la *“persona que recibe fondos o facilidades crediticias de la entidad en forma directa. Adicionalmente, se considerará como tal al descontatario en caso de un contrato de descuento, el*

0.25% y por cada mes consecutivo de no envío de información debe adicionarse un 0.25% acumulativo mensualmente. En el momento en que la entidad cumple con el envío exitoso de la totalidad de los XML de las clases de datos Personas, Garantías y Operaciones Crediticias de SICVECA, se deja de aplicar la acumulación del 0.25% mensual. En el siguiente mes, cuando se cumpla con lo indicado en el numeral 4. de este Artículo, la entidad puede reversar el monto de las estimaciones adicionales originadas en la aplicación de este Artículo, y que excedan el monto de la estimación mínima en ese momento. En caso de un nuevo incumplimiento, inicia nuevamente con el 0.25% mensual acumulativo.

3. El Manual de Información del Sistema Financiero establece que la entidad debe remitir la información financiero contable en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del último día de cada mes. La entidad debe prever si contará oportunamente con la totalidad de los XML de las clases de datos Personas, Garantías y Operaciones Crediticias de SICVECA, que le permita cumplir con la fecha límite de envío. En el caso de que la entidad prevea algún incumplimiento en la remisión de dicha información, debe registrar las estimaciones que corresponda según los numerales 1. y 2. anteriores, y remitir la información financiero contable en el plazo establecido.

4. En el siguiente mes, la entidad puede reversar el monto de las estimaciones originadas en la aplicación de este Artículo siempre que cumpla con el envío en el mes en curso de la totalidad de los XML de las clases de datos Personas, Garantías y Operaciones Crediticias de SICVECA correspondiente del mes de no envío de la información y siempre que la entidad no prevea algún incumplimiento en el envío de dicha información para el mes en curso.”

En caso de fallas técnicas atribuibles a la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia debe comunicar los medios a través de los cuales se debe remitir la información.

Artículo 26. Envío de Información

La información de los XML de las clases de datos Personas, Garantías y Operaciones Crediticias de SICVECA deben ser remitidos a más tardar el noveno, décimo y undécimo día hábil de acuerdo al grupo asignado por la SUGEF para cada una de las entidades supervisadas, según los contenidos, formatos y medios que defina la SUGEF en el Manual de Información del Sistema Financiero.”

¹⁷⁹ Artículo 14. Información requerida por la normativa prudencial: La SUGEF debe poner a disposición de las entidades en forma oportuna la información de dominio público sobre sus deudores y fiadores necesaria para cumplir con la normativa prudencial vigente, según el Anexo.

Asimismo, la SUGEF debe poner a disposición de las entidades archivos descargables con información sobre el nivel de comportamiento de pago histórico de sus clientes, a más tardar el decimosexto día hábil de cada mes.

cedente en una cesión con recurso, el obligado a pagar un documento en una cesión sin recurso, o la persona a la que la entidad concede un aval o garantía.”¹⁸⁰

En este sentido, el Anexo¹⁸¹ al Reglamento del Centro de Información Crediticia (Acuerdo SUGEF 7-06), clasifica los datos crediticios en tres categorías:

¹⁸⁰ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *Acuerdo SUGEF 1-05*, Óp. Cit., Artículo 3, Inciso d.

¹⁸¹ Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *SUGEF 7-06. Reglamento del Centro de Información Crediticia*. Diario Oficial la Gaceta. 13 de junio del 2006.

ANEXO

Variables incluidas en los reportes individuales y variables puestas a disposición de las entidades según el Artículo 14 de este Reglamento.

1. Variables incluidas en el Reporte Crediticio con información de dominio público:

Situación actual

- a. Moneda de la operación crediticia.
- b. Fecha de vencimiento de la operación crediticia.
- c. Tipo de operación crediticia (directa, tarjetas de crédito, contingencia crediticia, etc.).
- d. Condición que la persona consultada ostenta en relación con la operación crediticia (deudor, codeudor, fiador/avalista).
- e. Estado de la operación crediticia (vigente, vencida a menor o igual a 90 días, cobro judicial, etc.).
- f. Días de atraso de la operación crediticia.
- g. Fecha de la última actualización de los datos de la operación crediticia.

Situación histórica

- a. Fecha de vencimiento de la operación crediticia.
- b. Estado de la operación crediticia (vigente, cancelada, inactiva).
- c. Motivo de liquidación de la operación crediticia (cancelación mediante pago del deudor según contrato, cancelación mediante pago de fiador o avalista, venta de la operación, etc.).
- d. Cantidad de meses que fue reportada la operación crediticia.
- e. Último periodo reportado de la operación crediticia.
- f. Atraso máximo de la operación crediticia (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
- g. Atraso medio de la operación crediticia (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
- h. Categoría de la operación crediticia (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
- i. Categoría (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
- j. Nivel de comportamiento de pago histórico (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
- k. Porcentaje de endeudamiento en moneda extranjera respecto al endeudamiento total reportado en CIC, calculado con base en los montos de principal directo y contingente de las operaciones crediticias.
- l. Porcentaje de endeudamiento en tasa de interés ajustable respecto al endeudamiento total reportado en CIC, calculado con base en los montos de principal directo de las operaciones crediticias.

2. Variables incluidas en el reporte para la entidad con autorización:

Adicionalmente a las variables incluidas en el Reporte Crediticio con información de dominio público, este reporte incluye las siguientes variables:

Situación actual

- a. Entidad acreedora de la operación crediticia.
- b. Identificador de la operación crediticia dada por la entidad acreedora.

- (i). Variables incluidas en el Reporte Crediticio con información de dominio público,
- (ii). Variables incluidas en el reporte para la entidad con autorización y
- (iii). Variables incluidas en el reporte para el deudor.

Para estos efectos, la SUGEF posee una aplicación informática llamada Centro de Información Crediticia (CIC):

-
- c. Saldo de la operación crediticia. Separado por tipo de moneda.
 - d. Monto no desembolsado o fiado/avalado (en caso de líneas de crédito, cartas de crédito, garantías, etc. o en caso de que la persona consultada ostente la condición de fiador/avalista en relación con la operación crediticia).
 - e. [4]
 - f. Monto de la cuota principal y monto de la cuota de intereses para cada operación, separados por tipo de moneda.
 - g. Tipo de moneda por operación.
 - h. Fecha de vencimiento de cada operación.
 - i. Tasa de interés nominal aplicable a la fecha de reporte e indicación de si se trata de tasa fija o ajustable, en caso de que la tasa de interés sea variable, se indica el parámetro de referencia para la parte variable (Libor, Prime, tasa básica pasiva BCCR, tasa política monetaria CR, Tasa de descuento BCCR, otro). Frecuencia de ajuste a la tasa de interés ajustable.
 - j. Cuando existe, indicación del componente fijo de la tasa ajustable, en puntos porcentuales, así como indicación de pisos y techos en puntos porcentuales.
 - k. Indicador de generador o no generador de divisas.
 - l. Días de atraso presentados en la operación.

Situación histórica

- a. Entidad acreedora de la operación crediticia.
 - b. Identificador de la operación crediticia dada por la entidad acreedora.
 - c. Ponderador de la operación crediticia (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
3. Variables incluidas en el reporte para el deudor:
Adicionalmente a las variables incluidas en el reporte para la entidad con autorización, este reporte incluye las siguientes variables:
- a. Autorizaciones vigentes (número de autorización, entidad que realizó el trámite, usuario autorizado que realizó el trámite y la fecha de validación por parte de la SUGEF).
 - b. Listado de consultas (entidad que consultó, usuario autorizado que consultó, fecha y hora de la consulta, número de autorización utilizado para la consulta).
4. Variables de cada deudor o fiador puestas a disposición de las entidades según el Artículo 14 de este Reglamento:
- a. Categoría (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
 - b. Nivel de comportamiento de pago histórico (ver Lineamientos Generales de la 1-05, Capítulo II).
 - c. Existencia de una autorización general vigente (ver inciso a. Artículo 7 de este Reglamento).
 - d. Existencia del requisito de autorización según el Artículo 10 del "Reglamento para la Calificación de Deudores".

(Así reformado mediante sesión N° 1058 del 19 de agosto de 2013)

“El CIC es una aplicación informática que con base en la información que remiten las entidades financieras en el marco de la supervisión, genera reportes individuales de una persona sobre su situación crediticia actual e histórica en las entidades y calcula para la persona el nivel de comportamiento de pago histórico según lo establecido en el “Reglamento para la Calificación de Deudores”. Adicionalmente, el CIC proporciona a las entidades la información de dominio público que éstas requieren sobre sus deudores y fiadores para cumplir con la normativa prudencial vigente y constituye la plataforma para dar mantenimiento al padrón de personas de la SUGEF.”¹⁸²

Para acceder al CIC, se debe contar con la condición de usuario autorizado, únicamente los funcionarios de la entidad que hayan sido autorizados por la SUGEF pueden consultar la información que mantiene el CIC, la SUGEF puede revocar una autorización o rechazar una solicitud de autorización, cuando el funcionario haya incumplido cualquiera de las disposiciones contenidas en el Reglamento.¹⁸³

De acuerdo con la clasificación contemplada, dando contenido al principio de consentimiento, en el ya referido Anexo al Reglamento del Centro de Información Crediticia, el CIC genera varios tipos de reportes individuales¹⁸⁴: el reporte

¹⁸² Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. SUGEF 7-06, Óp. cit., Artículo 3.

¹⁸³ *Ibíd.* Artículo 4.

¹⁸⁴ *Ibíd.* Artículo 6

Artículo 6. Reportes individuales

“El CIC genera tres tipos diferentes de reportes individuales sobre la situación crediticia de una persona: el Reporte Crediticio con información de dominio público, el Reporte para la entidad con autorización y el Reporte para el deudor. El Reporte Crediticio con información de dominio público contiene únicamente información de dominio público y el reporte para la entidad con autorización

crediticio con información de dominio público, el reporte para la entidad con autorización y el reporte para el deudor.

- Reporte Crediticio con información de dominio público: contiene únicamente información de dominio público.
- Reporte para la entidad con autorización: contiene adicionalmente información que no es de dominio público, pero que es susceptible de ser suministrada a las entidades previa autorización de la persona. Existen, a la vez, varios tipos de autorización:
 - Autorización general: Con este tipo de autorización todas las entidades pueden consultar y usar los datos contenidos en el reporte: esta autorización no tiene fecha de vencimiento, puede ser revocada en cualquier momento y ante cualquier entidad.
 - Autorización específica: Ésta es especialmente para que la entidad que tramita la autorización consulte y use los datos contenidos en el reporte.
 - Autorización para que una entidad obtenga y entregue el reporte directamente a la persona interesada: la información contenida en el reporte sólo podrá ser utilizada por la persona gestionante. ¹⁸⁵

contiene adicionalmente información que no es de dominio público, pero que es susceptible de ser suministrada a las entidades previa autorización de la persona. El reporte para el deudor contiene toda la información del reporte para la entidad con autorización, pero puede incluir información adicional que, a juicio de la SUGEF, puede ser de interés exclusivo para la persona. En el Anexo se especifican las variables incluidas en cada uno de estos reportes”

¹⁸⁵ Ibid. Artículo 7.

Artículo 7. Autorización y revocación Cuando un reporte individual incluya información que no es de dominio público, la SUGEF sólo puede dar acceso a esa información si existe una autorización previa de la persona que va a ser consultada, debidamente entregada a la SUGEF. Por lo tanto, el

- Reporte para el deudor: contiene toda la información del reporte para la entidad con autorización, pero puede incluir información adicional que, a juicio de la SUGEF, puede ser de interés exclusivo para la persona.

Las entidades están sujetas a responsabilidades derivadas del manejo de esta información con el propósito de resguardar el derecho a la autodeterminación informativa de los titulares de los datos ¹⁸⁶, derecho que se encuentra expresamente contemplado en el artículo 11 del Reglamento:

reporte para la entidad con autorización y el reporte para el deudor pueden ser consultados por la entidad únicamente si la SUGEF ha recibido la autorización otorgada por la persona a que se refiere esa información.

Toda persona puede otorgar tres tipos diferentes de autorización:

- a. Autorización general para que todas las entidades consulten y usen los datos contenidos en el reporte: esta autorización no tiene fecha de vencimiento, puede ser revocada en cualquier momento y ante cualquier entidad;
- b. Autorización específica para que la entidad que tramita la autorización consulte y use los datos contenidos en el reporte y
- c. Autorización para que una entidad obtenga y entregue el reporte directamente a la persona interesada, en cuyo caso la información contenida en el reporte sólo podrá ser utilizada por la persona gestionante.

Las autorizaciones otorgadas según los incisos b. y c. son válidas para una única consulta y deben ser deshabilitadas por el usuario autorizado inmediatamente después de que el reporte respectivo ha sido consultado exitosamente. A partir de la fecha de aprobación de la autorización por parte de la SUGEF, la entidad cuenta con diez días naturales para consultar dichos reportes.

¹⁸⁶ *Ibíd.* Artículo 9.

Artículo 9. Responsabilidades de la entidad

La entidad tiene las siguientes responsabilidades:

- a. Asegurar la veracidad, calidad y oportunidad de toda la información remitida a la SUGEF;
- b. Establecer los mecanismos necesarios para asegurar la confidencialidad y el adecuado uso de la información suministrada por el CIC según el Artículo 133 de la Ley 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica;
- c. Tramitar las solicitudes de autorización y revocación presentadas por sus clientes según el Artículo 8 de este Reglamento;
- d. Tramitar y entregar a sus clientes el reporte para el deudor, cuando así lo soliciten, según el Artículo 11 de este Reglamento. En el caso de personas que no son clientes de la entidad, queda a discreción de ésta la decisión de tramitar el reporte para el deudor.
- e. Deshabilitar la autorización para una única consulta una vez que el reporte respectivo ha sido consultado exitosamente, de conformidad con lo establecido en los incisos b. y c. del Artículo 7 de este Reglamento;
- f. Atender los reclamos de sus clientes cuando estimen que la información que fue enviada por la entidad a la SUGEF no refleja su situación real, para lo cual la entidad cuenta con un plazo de 5 días hábiles para comunicar al cliente si procede o no el reclamo.

“Artículo 11. Derecho a la autodeterminación informativa

Toda persona tiene derecho a obtener el reporte para el deudor, el cual le permite verificar la información que sobre ella mantiene el CIC. Para obtener este reporte, la persona debe tramitar la autorización ante una entidad según el inciso c. del Artículo 7 de este Reglamento. Una vez aprobada la autorización por parte de la SUGEF, la entidad debe entregar a la persona el reporte según lo establecido en el inciso d. del Artículo 9. En aquellos casos en que la persona no tenga una relación comercial con ninguna entidad, este trámite puede ser realizado en la SUGEF. Cuando la persona considere que la información incluida en el reporte no refleja su situación real, puede solicitar su corrección ante la entidad correspondiente o ante la SUGEF, en este último caso la SUGEF debe trasladar la solicitud de corrección a la respectiva entidad, Interventor, liquidador o Junta Liquidadora, según corresponda.”

En ese orden de ideas, las entidades están sujetas a sanciones por el no acatamiento de estas reglas, esto incluye el suministro a terceros o la alteración dolosa de la información, el registro o el suministro de información falsa o que no conste en la base de datos.¹⁸⁷

g. Corregir la información remitida a la SUGEF cuando la entidad detecte errores o inconsistencias, según el Artículo 12 de este Reglamento, dentro de un plazo de 10 días hábiles a partir del momento en que determine que procede la modificación.

¹⁸⁷ *Ibíd.* Artículo 15.

Artículo 15. Sanciones

El suministro a terceros o la alteración dolosa de la información, el registro o el suministro de información falsa o que no conste en la base de datos, es sancionado de conformidad con lo dispuesto en el inciso d. del Artículo 133 de la Ley 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

La información contenida en el CIC puede ser objeto de modificación siguiendo un proceso preestablecido¹⁸⁸, lo que viene siendo en la práctica el derecho de rectificación.

En concreto, y a modo de conclusión, es acertado afirmar que la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales clasifica los datos en varias categorías, dentro de estas categorías están aquellas referentes al historial crediticio, y manifiesta que estos datos se registrarán por lo dispuesto en las normas propias del Sistema Financiero Nacional, lo que no debería entenderse como un impedimento para las personas de acceder a la PRODHAB, o bien, a la vía jurisdiccional, sino como una remisión a las especificidades de las normas del sector, sin perjuicio de los derechos reconocidos en la ley.

Por su parte, la Sala Constitucional, también, ha delimitado cómo se debe entender el respeto a la autodeterminación informativa en referencia a este tipo de datos, estableciendo como límite el interés público, específicamente, el interés

¹⁸⁸ *Ibid.* Artículo 12.

Artículo 12. Modificación de la información crediticia contenida en el CIC

La entidad, el Interventor, el liquidador o la Junta Liquidadora, según corresponda, debe modificar la información crediticia que afecte el nivel de comportamiento de pago histórico del deudor o fiador cuando detecte errores o inconsistencias.

La solicitud de modificación debe presentarse por escrito ante la SUGEF, firmada por el gerente o subgerente y el contador, y con copia al Auditor Interno, cuando lo hay; indicando claramente las razones y aportando las justificaciones por las cuales se debe tramitar la modificación solicitada.

Además, deberá indicar claramente las acciones a tomar para evitar o prevenir errores similares en el futuro, las fechas estimadas para su implementación y el nombre de la persona responsable de su ejecución.

Asimismo, la solicitud de modificación de información crediticia debe hacerse ante la SUGEF de acuerdo con los requisitos y por los medios establecidos en el Manual de Información del Sistema Financiero, dentro de un plazo de 10 días hábiles contados a partir de la fecha en que la entidad determinó el error o inconsistencia.

Una vez recibida la solicitud, la SUGEF cuenta con 10 días hábiles para emitir la resolución respectiva y actualizar la información contenida en sus bases de datos.

del Estado de realizar funciones de regulación y supervisión sobre las entidades fiscalizadas, a fin de garantizar un correcto manejo del riesgo de crédito, por las profundas implicaciones que tiene éste sobre la estabilidad del Sistema Financiero.

La SUGEF ha establecido claramente cuáles datos (variables) pueden ser considerados como información pública, a la vez, la Sala Constitucional ha manifestado que no todos los datos derivados del historial crediticio pueden ser considerados como información pública.

Las entidades fiscalizadas tienen la obligación de enviar informes a la SUGEF con el propósito de que ésta clasifique, según parámetros previamente establecidos, a los deudores; a la vez, para acceder a la información que posee la SUGEF se debe contar necesariamente con la autorización que corresponda, a menos de que se trate de información pública.

Las operadoras de riesgo de crédito podrían procesar y comercializar, según lo ha dicho la Sala Constitucional, y según se deriva además de la normativa de la SUGEF, información concerniente a datos crediticios, sin embargo, esta información sería únicamente la que es clasificada como información de dominio público; según lo que se ha expuesto hasta ahora, tanto las entidades fiscalizadas, así como los propios funcionarios de la SUGEF, están sujetos a los procedimientos y sanciones que establece la normativa en caso de no acatamiento.

CAPÍTULO CUARTO. LOS FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS PERSONALES Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO TRIBUTARIO.

Este apartado pretende exponer las implicaciones del flujo transfronterizo de datos financieros respecto del intercambio de información tributaria con otras jurisdicciones, y en general, sobre la cooperación entre administraciones de distintos estados para estos fines, lo anterior, exponiendo, a la vez, temas relevantes en el contexto actual, tales como los alcances del principio de no autoincriminación en el Derecho Tributario y las tendencias encaminadas a diluir el contenido del secreto bancario.

SECCIÓN PRIMERA. EL DEBER DE CONTRIBUIR CON LOS GASTOS PÚBLICOS, Y DERIVADO DE ÉSTE, EL DEBER DE COLABORACIÓN TRIBUTARIA.

La Constitución Política costarricense en su artículo 18 establece el deber de contribuir con los gastos públicos, y derivado de éste, el deber de colaboración tributaria: *“Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos”*.¹⁸⁹

Se ha entendido que *“La configuración del deber de contribuir, es precisamente lo que ha cimentado el deber de colaboración tributaria, y extraído la consecuencia de la necesidad del deber de información como una garantía del*

¹⁸⁹ Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica*. 08 de noviembre de 1949. Artículo 18.

Artículo 18.- Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos.

*ordenamiento tributario para la correcta aplicación de los tributos. Este deber de información lo entendemos como un deber público de prestación, impuesto a todo aquel que se encuentre en posición de coadyuvar a la Administración, de prestarle asistencia y cooperación en todas aquellas tareas relevantes para dar efectivo y correcto cumplimiento al deber de contribuir.*¹⁹⁰

En ese sentido, el deber de información se materializa en una serie de obligaciones por parte del contribuyente, y correlativamente en una serie de potestades específicas de la Administración Tributaria que parten de la potestad de imperio del Estado.

“[...] el propósito inmediato que lleva al Estado a establecer los impuestos es contar con recursos para satisfacer las erogaciones que demanda la prestación de los servicios públicos; ni el Estado ni el mercado, pueden por sí solos, solventar las necesidades sociales de sus habitantes. Por tal razón, es indispensable que los miembros de una sociedad colaboren económicamente para cumplir aquellos fines sociales que son de interés de todos, motivo por el cual es preciso que dichos recursos lleguen al fisco en forma oportuna. El pago constituye, entonces, el medio natural para la extinción de la obligación fiscal; al abonar el dinero del monto de la deuda tributaria, satisfaciendo el total respectivo según la liquidación que se ajuste a la ley y en la oportunidad que ella prevé, el contribuyente se libera de las consecuencias que tal obligación fiscal implica. Sin embargo, la obligación

¹⁹⁰ Luna Rodríguez, Rafael. *El derecho a no autoincriminarse en el ámbito sancionador tributario costarricense. Comentario al Voto N° 2000-11403 de 20 de diciembre de 2000 de la Sala Constitucional*. Publicado en la Revista de Derecho Público, No. 3-2006. p 5. Extraído de http://afc.cr/downloads/Publications/No_autoincriminarse.pdf el 27/11/2014.

constitucional de contribuir a las cargas públicas supone no sólo el efectivo pago de impuestos, sino también el deber de suministrar a la Administración información atinente a su situación fiscal, de manera que aquella cuente con elementos suficientes para corroborar el correcto cumplimiento de las obligaciones tributarias. Ahora bien, pueden presentarse casos en los que la Administración Tributaria considere que la información aportada por el contribuyente en cuanto a su situación tributaria no es cierta o esté incompleta. En tales supuestos, aquella puede aplicar determinados criterios objetivos que le permitan “presumir” con razonabilidad, la verdad real de la cuantía de la deuda, o bien, su inexistencia. Sobre este aspecto, la Sala ha señalado:

“(…) existe un evidente interés público consistente en que los contribuyentes cumplan en forma exacta y ajustada a la ley con sus obligaciones tributarias, siendo de esta manera, el pago justo de los impuestos, un principio de acatamiento obligatorio para los habitantes y el Estado. Las razones expuestas justifican el deber de los contribuyentes de proveer la información necesaria con el objeto de acreditar las situaciones jurídicas tributarias que les conciernan. Por otra parte, el orden constitucional dispone y tutela los principios esenciales y las garantías fundamentales de los contribuyentes. Lo anterior también determina un equilibrio en el orden público, en el cual, justo pago, buena fe, legalidad, objetividad, técnica y razonabilidad, entre otros, son parámetros que no sólo protegen a las personas, sino que además, aseguran la existencia del sistema tributario como fuente de recursos para la realización de los intereses de la sociedad y la democracia.”

(Sentencia número 2002-05427 de las once horas con trece minutos del treinta y uno de mayo del dos mil dos).

En síntesis, el orden tributario requiere de la colaboración del contribuyente para funcionar, lo que implica que además de cancelar los impuestos legalmente adeudados, debe proveer los elementos de juicio y datos que sean necesarios para la verificación de la exactitud del pago, o de la extinción o inexistencia de la obligación. De esta manera, ante omisiones o irregularidades en la información que la ley requiera, la administración tributaria debe realizar la determinación que conforme a derecho hubiere sido necesario realizar. Es constitucionalmente legítima la potestad conferida a la administración tributaria para verificar la información que debe suministrar el contribuyente para determinar omisiones o irregularidades en dicha información. Precisamente las normas impugnadas permiten a la administración tributaria realizar esa fiscalización.”¹⁹¹

Como se desprende de lo indicado supra, existe un interés público en el pago de los tributos que tiene su justificación, precisamente, en la necesidad del Estado de contar con recursos para solventar las necesidades de sus habitantes; el deber de contribuir con los gastos públicos está aparejado al deber de colaboración tributaria, en el entendido de que la Administración requiere de información relevante para llevar a cabo la determinación de la obligación, a la vez, al contribuyente le asiste una serie de garantías establecidas

¹⁹¹Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 01226-2014. Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=598702&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

constitucionalmente, esto con el fin de evitar abusos de poder por parte del Estado.

Siguiendo lo establecido hasta ahora, es así como, además de la presentación de declaraciones, nuestra normativa, específicamente, el Código de Normas y Procedimientos Tributarios establece que la Administración Tributaria puede requerir otro tipo de información de trascendencia tributaria a los contribuyentes, esto con el objeto de facilitar la verificación oportuna de su situación tributaria; la información requerida puede encontrarse impresa en forma de documento, en soporte técnico o en general registrada por cualquier medio tecnológico.¹⁹²

¹⁹² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.4755*. Óp. cit., Artículo 104.

Artículo 104.- Requerimientos de información al contribuyente

Para facilitar la verificación oportuna de la situación tributaria de los contribuyentes, la Administración Tributaria podrá requerirles la presentación de los libros, los archivos, los registros contables y toda otra información de trascendencia tributaria que se encuentre impresa en forma de documento, en soporte técnico o registrada por cualquier otro medio tecnológico.

Sin perjuicio de estas facultades generales, la Administración podrá solicitar a los contribuyentes y los responsables:

a) A contribuyentes clasificados, según los criterios establecidos como grandes contribuyentes nacionales o grandes empresas territoriales, los estados financieros debidamente dictaminados por un contador público autorizado, incluyendo las notas explicativas sobre las políticas contables más significativas y demás notas explicativas contenidas en el dictamen del profesional independiente que los haya auditado. La Administración Tributaria queda facultada para requerirlos, también, a otros colectivos de contribuyentes en los que, por el volumen y la naturaleza de sus operaciones, este requerimiento no les suponga costos desproporcionados.

b) Copia de los libros, los archivos y los registros contables.

c) Información relativa al equipo de cómputo utilizado y a las aplicaciones desarrolladas.

d) Copia de los soportes magnéticos que contengan información tributaria.

e) Copia de los soportes documentales o magnéticos de las operaciones de crédito, las compraventas y/o los arrendamientos de bienes y contratos de fideicomiso (financieros u operativos), que se tramiten en empresas privadas, entidades colectivas, cooperativas, bancos del Sistema Bancario Nacional, entidades financieras, se encuentren o no reguladas; sociedades de hecho o cualquier otra persona física, jurídica o de hecho, debiendo identificarse los montos de las respectivas operaciones, las calidades de los sujetos que intervienen y las demás condiciones financieras de las transacciones, en los términos regulados en el reglamento.

Los gastos por la aplicación de lo dispuesto en los incisos b), c), d) y e) anteriores correrán por cuenta de la Administración Tributaria.

De igual forma, se prevé la posibilidad que tiene la Administración Tributaria de requerir información a terceros, sobre las relaciones económicas, financieras y profesionales que estos mantengan con otras personas, y que pueda resultar relevante para efectos tributarios. En este punto, es menester mencionar que se exceptúan de esta obligación los ministros de culto, a aquellos que se encuentren en condición de alegar secreto profesional, según disposición legal expresa, lo mismo quienes estén obligados a guardar secreto de datos, y por último, los ascendientes o los descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad; y el cónyuge del fiscalizado.¹⁹³

El Código siendo aún más minucioso, establece deberes específicos para terceros, según el texto, los retenedores están obligados a presentar documentos

(Así modificado por el artículo 4 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995. Previamente, el artículo 3 de esa misma ley había derogado el contenido del antiguo artículo 104 y traspasó el antiguo numeral 110 al actual)

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 9069 del 10 de setiembre del 2012, "Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria")

¹⁹³ *Ibíd.* Artículo 105

Artículo 105.- Información de terceros.

Toda persona, física o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar, a la Administración Tributaria, la información previsiblemente pertinente para efectos tributarios, deducida de sus relaciones económicas, financieras y profesionales con otras personas. La proporcionará como la Administración lo indique por medio de reglamento o requerimiento individualizado. Este requerimiento de información deberá ser justificado debida y expresamente, en cuanto a la relevancia en el ámbito tributario.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 2° de la ley N° 9068 del 10 de setiembre del 2012, "Ley para el cumplimiento del estándar de Transparencia fiscal")

La Administración no podrá exigir información a:

- a) Los ministros del culto, en cuanto a los asuntos relativos al ejercicio de su ministerio.
- 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.
- c) Los funcionarios que, por disposición legal, estén obligados a guardar secreto de datos, correspondencia o comunicaciones en general.
- d) Los ascendientes o los descendientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad; tampoco el cónyuge del fiscalizado.

(Así reformado por el artículo 5 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995. El contenido del antiguo artículo 105 fue traspasado al actual 99)

informativos sobre las cantidades satisfechas a otras personas; las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y los colegios profesionales por su parte están obligados a presentar la información de trascendencia tributaria que posean; las personas o entidades, inclusive las bancarias, crediticias o de intermediación financiera, están obligadas a informar sobre los rendimientos obtenidos en sus actividades de captación, colocación, cesión o intermediación en el mercado de capitales; y finalmente en un afán de asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias en fase de ejecución, se establece que las personas o las entidades depositarias de dinero en efectivo, o en cuenta, valores u otros bienes de deudores de la hacienda pública, en el período de cobro judicial, están obligadas a informar a los órganos los agentes de recaudación ejecutiva, así como a cumplir con los requerimientos que ellos les formulen en el ejercicio de sus funciones legales.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Ibid. Artículo 106.

Artículo 106.- Deberes específicos de terceros.

Los deberes estipulados en este artículo se cumplirán sin perjuicio de la obligación general establecida en el artículo anterior, de la siguiente manera:

a) Los retenedores estarán obligados a presentar los documentos informativos de las cantidades satisfechas a otras personas, por concepto de rentas del trabajo, capital mobiliario y actividades profesionales.

b) Las sociedades, las asociaciones, las fundaciones y los colegios profesionales deberán suministrar la información de trascendencia tributaria que conste en sus registros, respecto de sus socios, asociados, miembros y colegiados.

c) Las personas o las entidades, incluidas las bancarias, las crediticias o las de intermediación financiera en general que, legal, estatutaria o habitualmente, realicen la gestión o la intervención en el cobro de honorarios profesionales o de comisiones, deberán informar sobre los rendimientos obtenidos en sus actividades de captación, colocación, cesión o intermediación en el mercado de capitales.

d) Las personas o las entidades depositarias de dinero en efectivo o en cuenta, valores u otros bienes de deudores de la hacienda pública, en el período de cobro judicial, están obligadas a informar a los órganos y a los agentes de recaudación ejecutiva, así como a cumplir con los requerimientos que ellos les formulen en el ejercicio de sus funciones legales.

e) *(Derogado por el artículo 3° de la ley N° 9068 del 10 de setiembre del 2012, "Ley para el cumplimiento del estándar de Transparencia fiscal")*

Se consideran como entidades financieras a “todas aquellas entidades que sean reguladas, supervisadas o fiscalizadas por los siguientes órganos, según corresponda: la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia General de Seguros o cualquier otra superintendencia o dependencia que sea creada en el futuro y que esté a cargo del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero” ¹⁹⁵

Específicamente, sobre la información manejada por estas entidades financieras, se establece que están obligadas a proporcionar información sobre sus clientes y usuarios, incluyendo información sobre transacciones, operaciones y balances, y en igual sentido, toda clase de información sobre movimiento de cuentas corrientes y de ahorro, depósitos, certificados a plazo, cuentas de préstamos y créditos, fideicomisos, inversiones individuales, inversiones en carteras mancomunadas, transacciones bursátiles y demás operaciones, ya sean activas o pasivas.

Esta información deberá ser suministrada en el tanto sea previsiblemente pertinente para efectos tributarios, de acuerdo con lo siguiente:

- Para la administración, determinación, cobro o verificación de cualquier impuesto, exención, remesa, tasa o gravamen, que se

*(Derogados los últimos tres párrafos finales del presente artículo por el artículo 3° de la ley N° 9068 del 10 de setiembre del 2012, "Ley para el cumplimiento del estándar de Transparencia fiscal")
(Así reformado por el artículo 5 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995. El contenido del antiguo artículo 106 fue traspasado al actual 100)*

¹⁹⁵ *Ibíd.* Artículo 106 bis.

requiera dentro de un proceso concreto de fiscalización, este requerimiento debe ser practicado según criterios objetivos determinados por la Dirección General de Tributación.

- En aras de dar cumplimiento a una solicitud de información conforme a un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria.

Se considera que la información es “*previsiblemente pertinente para efectos tributarios*” cuando se requiera para la administración, determinación, cobro o verificación de cualquier impuesto, exención, remesa, tasa o gravamen; cuando pueda ser útil para el proceso de fiscalización o para la determinación de un eventual incumplimiento en materia tributaria de naturaleza penal o administrativa. La normativa incluye, en este sentido, entre otros, delitos tributarios, incumplimientos en el pago de impuestos e infracciones por incumplimientos formales o substanciales que puedan resultar en multas o recargos.

Se advierte que no se requerirá de evidencias concretas, directas ni determinantes de un incumplimiento de naturaleza penal o administrativa, y que se considera, también, como previsiblemente pertinente para efectos tributarios, cualquier información que se requiera para cumplir con una solicitud de

información conforme con un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria¹⁹⁶.

Para el caso específico de las entidades financieras, la solicitud de la Administración Tributaria debe ser practicada por medio del Director General de Tributación, quien debe presentar una solicitud escrita ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, indicando: i) la identidad de la persona bajo proceso de auditoría o investigación, ii) otros datos que conozca sobre ésta, iii) debe presentar, también, detalle sobre la información requerida (incluyendo el período sobre el cual se solicita, su naturaleza y la forma como la Administración

¹⁹⁶ Artículo 106 bis.- Información en poder de entidades financieras

Las entidades financieras deberán proporcionar a la Administración Tributaria información sobre sus clientes y usuarios, incluyendo información sobre transacciones, operaciones y balances, así como toda clase de información sobre movimiento de cuentas corrientes y de ahorro, depósitos, certificados a plazo, cuentas de préstamos y créditos, fideicomisos, inversiones individuales, inversiones en carteras mancomunadas, transacciones bursátiles y demás operaciones, ya sean activas o pasivas, en el tanto la información sea previsiblemente pertinente para efectos tributarios:

a) Para la administración, determinación, cobro o verificación de cualquier impuesto, exención, remesa, tasa o gravamen, que se requiera dentro de un proceso concreto de fiscalización con base en criterios objetivos determinados por la Dirección General de Tributación.

b) Para efectos de cumplir con una solicitud de información conforme a un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria.

El término "entidad financiera" incluirá todas aquellas entidades que sean reguladas, supervisadas o fiscalizadas por los siguientes órganos, según corresponda: la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores, la Superintendencia de Pensiones, la Superintendencia General de Seguros o cualquier otra superintendencia o dependencia que sea creada en el futuro y que esté a cargo del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. La anterior definición incluye a todas aquellas entidades o empresas costarricenses integrantes de los grupos financieros supervisados por los órganos mencionados.

La información solicitada se considerará previsiblemente pertinente para efectos tributarios cuando se requiera para la administración, determinación, cobro o verificación de cualquier impuesto, exención, remesa, tasa o gravamen, cuando pueda ser útil para el proceso de fiscalización o para la determinación de un eventual incumplimiento en materia tributaria de naturaleza penal o administrativa, incluyendo, entre otros, delitos tributarios, incumplimientos en el pago de impuestos e infracciones por incumplimientos formales o substanciales que puedan resultar en multas o recargos. No se requerirá de evidencias concretas, directas ni determinantes de un incumplimiento de naturaleza penal o administrativa. También se considera como previsiblemente pertinente para efectos tributarios cualquier información que se requiera para cumplir con una solicitud de información conforme a un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria.

(Así adicionado por el artículo 3° de la ley N° 9068 del 10 de setiembre del 2012, "Ley para el cumplimiento del estándar de Transparencia fiscal")

Tributaria desea recibirla), iv) la solicitud debe especificar si la información es requerida para efectos de un proceso de fiscalización que esté siendo realizado por parte de la Administración Tributaria, o para efectos de cumplir con un requerimiento hecho por otra jurisdicción en virtud de un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria, v) el detalle sobre los hechos o las circunstancias que motivan el proceso de fiscalización, vi) las razones por las cuales la información se considera previsiblemente pertinente para efectos tributarios, y, vii) finalmente, en caso de que la solicitud de información se realice a efectos de cumplir con un requerimiento hecho por otra jurisdicción, en virtud de un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria, la Administración Tributaria deberá presentar en su lugar una declaración donde establezca que ha verificado que la solicitud cumple con lo establecido en dicho convenio internacional.

Posteriormente, el juez revisará que la solicitud cumpla con todos los requisitos, y tiene que pronunciarse dentro del plazo de cinco días hábiles, contados a partir del momento cuando se recibe la solicitud, en el caso de que la solicitud cumpla con los requisitos, se emite una resolución en la que se autoriza a la Administración Tributaria a remitir el requerimiento de información directamente a la entidad financiera, a esta solicitud se le debe adjuntar copia de la resolución, se debe omitir cualquier detalle sobre los hechos o circunstancias que originan la investigación, o hechos sobre el proceso de fiscalización en aras de no violentar la confidencialidad de la persona sobre quien se requiera la información frente a la entidad financiera, o los compromisos adquiridos

conforme con un convenio internacional, la entidad financiera debe suministrar la información en un plazo no mayor de diez días hábiles.

Si el juez considera que la solicitud no cumple con los requisitos, emitirá una resolución concediendo un plazo de tres días hábiles para que se subsanen los defectos, plazo que podrá ser prorrogado hasta por diez días hábiles, a solicitud de la Administración Tributaria previa justificación.

Las entidades que incumplan con estas obligaciones serán sancionadas con una multa pecuniaria proporcional del dos por ciento (2%) de la cifra de ingresos brutos del sujeto infractor, en el período del impuesto sobre las utilidades, anterior a aquel en que se produjo la infracción, con un mínimo de diez salarios base y un máximo de cien salarios base.¹⁹⁷

¹⁹⁷ *Ibíd.* Artículo 106 ter.

Artículo 106 ter.- Procedimiento para requerir información a las entidades financieras

En cualquiera de los casos del artículo anterior, la solicitud que realice la Administración Tributaria será por medio del director general de Tributación y deberá cumplir con el siguiente procedimiento:

1) Presentar una solicitud por escrito ante el juzgado de lo contencioso administrativo, de conformidad con el inciso 5) del artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual, para estos efectos, se ha de regir por lo dispuesto en este artículo.

2) La solicitud que realice el director general de Tributación deberá indicar lo siguiente:

a) Identidad de la persona bajo proceso de auditoría o investigación.

b) En la medida que se conozca, cualquier otra información, tal como domicilio, fecha de nacimiento y otros.

c) Detalle sobre la información requerida, incluyendo el período sobre el cual se solicita, su naturaleza y la forma en que la Administración Tributaria desea recibirla.

d) Especificar si la información es requerida para efectos de un proceso de fiscalización que esté siendo realizado por parte de la Administración Tributaria, o para efectos de cumplir con un requerimiento hecho por otra jurisdicción en virtud de un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria.

e) Detalle sobre los hechos o las circunstancias que motivan el proceso de fiscalización, así como el porqué la información es previsiblemente pertinente para efectos tributarios.

f) En caso de que la solicitud de información se realice a efectos de cumplir con un requerimiento hecho por otra jurisdicción, en virtud de un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria, la Administración Tributaria deberá presentar en su lugar una

Además de las facultades para requerir información descritas hasta ahora, la Administración Tributaria puede citar a los sujetos pasivos y a terceros relacionados con la obligación tributaria, y estos deben comparecer con el fin de contestar, oralmente o por escrito, las preguntas o los requerimientos de

declaración donde establezca que ha verificado que la solicitud cumple con lo establecido en dicho convenio internacional.

3) El juez revisará que la solicitud cumpla con todos los requisitos establecidos en el numeral 2 anterior y deberá resolver dentro del plazo de cinco días hábiles, contado a partir del momento en que se recibe la respectiva solicitud. En el caso de que la solicitud cumpla con todos los requisitos, el juez emitirá una resolución en la que autoriza a la Administración Tributaria a remitir el requerimiento de información directamente a la entidad financiera, adjuntando copia certificada de la resolución. Cuando se trate de un requerimiento de información en poder de entidades financieras dentro de un proceso individual de fiscalización, de conformidad con lo que se establece del artículo 144 al artículo 147 de este Código, la resolución del juez deberá contener una valoración sobre si la información es previsiblemente pertinente para efectos tributarios dentro de ese proceso de acuerdo con lo que establece el último párrafo del artículo 106 bis de este Código.

La entidad financiera deberá suministrar la información solicitada por la Administración Tributaria en un plazo no mayor de diez días hábiles. Tanto el requerimiento de información como la copia de resolución que se presente a la entidad financiera deberán omitir cualquier detalle sobre los hechos o circunstancias que originen la investigación o del proceso de fiscalización y que pudieran violentar la confidencialidad de la persona sobre quien se requiera la información frente a la entidad financiera, o los compromisos adquiridos conforme a un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria.

Si el juez considera que la solicitud no cumple con los requisitos del numeral 2 anterior, emitirá una resolución en la que así lo hará saber a la Administración Tributaria, en donde concederá un plazo de tres días hábiles para que subsane los defectos. Este plazo podrá ser prorrogado hasta por diez días hábiles, previa solicitud de la Administración Tributaria cuando la complejidad de los defectos a subsanar así lo justifique.

4) Las entidades financieras deberán cumplir con todos los requerimientos de información que sean presentados por la Administración Tributaria, siempre y cuando vengán acompañados de la copia certificada de la resolución judicial que lo autoriza. En caso que las entidades financieras incumplan con el suministro de información se aplicará una sanción equivalente a multa pecuniaria proporcional del dos por ciento (2%) de la cifra de ingresos brutos del sujeto infractor, en el periodo del impuesto sobre las utilidades, anterior a aquel en que se produjo la infracción, con un mínimo de diez salarios base y un máximo de cien salarios base.

Toda la información tributaria recabada mediante los procedimientos establecidos en este artículo será manejada de manera confidencial, según se estipula en el artículo 117 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Ley N.º 4755, de 3 de mayo de 1971, y sus reformas. Reglamentariamente se establecerán los mecanismos necesarios para garantizar el correcto manejo de la información recibida, con el objeto de asegurar su adecuado archivo, custodia y la individualización de los funcionarios responsables de su manejo.

(Así adicionado por el artículo 3º de la ley N° 9068 del 10 de setiembre del 2012, "Ley para el cumplimiento del estándar de Transparencia fiscal")

información necesarios para verificar y fiscalizar las obligaciones tributarias respectivas, con apego al debido proceso.¹⁹⁸

Según el artículo 83 del Código, las personas que incumplan con el deber de información se exponen a una sanción correspondiente a una *“multa pecuniaria proporcional del dos por ciento (2%) de la cifra de ingresos brutos del sujeto infractor, en el período del impuesto sobre las utilidades, anterior a aquel en que se produjo la infracción, con un mínimo de diez salarios base y un máximo de cien salarios base. Además, el Código establece que de constatare errores en la información suministrada, la sanción será de un uno por ciento (1%) del salario base por cada registro incorrecto, entendido como registro la información de trascendencia tributaria sobre una persona física o jurídica u otras entidades sin personalidad jurídica.”*¹⁹⁹

El Código es claro al establecer que la información obtenida o recabada solo podrá usarse para fines tributarios de la propia Administración Tributaria, y

¹⁹⁸ Ibid. Artículo 112.

Artículo 112.- Facultad para citar a sujetos pasivos y a terceros.

La Administración Tributaria podrá citar a los sujetos pasivos y a terceros relacionados con la obligación tributaria correspondiente, para que comparezcan en las oficinas de la Administración Tributaria, con el fin de contestar, oralmente o por escrito, las preguntas o los requerimientos de información necesarios para verificar y fiscalizar las obligaciones tributarias respectivas, con apego al debido proceso. De toda comparecencia, deberá levantarse acta.

(Así adicionado por el artículo 5 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995. El artículo 6 de esa misma ley corrigió la numeración subsiguiente, siendo el antiguo numeral 112 el actual 117)

¹⁹⁹ Ibid. Artículo 83.

Artículo 83.- Incumplimiento en el suministro de información

En caso de incumplimiento en el suministro de información, se aplicará una sanción equivalente a una multa pecuniaria proporcional del dos por ciento (2%) de la cifra de ingresos brutos del sujeto infractor, en el periodo del impuesto sobre las utilidades, anterior a aquel en que se produjo la infracción, con un mínimo de diez salarios base y un máximo de cien salarios base. De constatare errores en la información suministrada, la sanción será de un uno por ciento (1%) del salario base por cada registro incorrecto, entendido como registro la información de trascendencia tributaria sobre una persona física o jurídica u otras entidades sin personalidad jurídica.

en ese sentido, está impedida para trasladarla o remitirla a otras oficinas, dependencias o instituciones públicas o privadas, salvo el traslado de información a la Caja Costarricense de Seguro Social, esta norma hace referencia al concepto de secreto fiscal, sobre el cual se ahondará con posterioridad.

Se advierte claramente que *“La información y las pruebas generales obtenidas o recabadas como resultado de actos ilegales realizados por la Administración Tributaria no producirán ningún efecto jurídico contra el sujeto fiscalizado.”*²⁰⁰

Sin embargo, la información sobre los nombres de quienes tienen deudas tributarias es de acceso público, así como el monto de estas deudas; además la administración Tributaria está facultada para publicar listas con los nombres de

²⁰⁰ Ibid. Artículo 115.

Artículo 115.- Uso de la información

La información obtenida o recabada solo podrá usarse para fines tributarios de la propia Administración Tributaria, la cual está impedida para trasladarla o remitirla a otras oficinas, dependencias o instituciones públicas o privadas, salvo el traslado de información a la Caja Costarricense de Seguro Social, de conformidad con el artículo 20 de la Ley N.º 17, de 22 de octubre de 1943, y sus reformas.

La información y las pruebas generales obtenidas o recabadas como resultado de actos ilegales realizados por la Administración Tributaria no producirán ningún efecto jurídico contra el sujeto fiscalizado.

Sin embargo, será de acceso público la información sobre los nombres de las personas físicas y jurídicas que tienen deudas tributarias con la Hacienda Pública y el monto de dichas deudas. Se faculta a la Administración Tributaria para publicar las listas de las personas deudoras con la Hacienda Pública y los montos adeudados, así como los nombres de las personas físicas o jurídicas que no han presentado sus declaraciones o que realizan actividades económicas sin haberse inscrito como contribuyentes.

Sin perjuicio del deber de sigilo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, así como en el artículo 117 de este Código, cuando la Administración Tributaria, en el ejercicio de las potestades legales que tiene atribuidas para la aplicación del sistema tributario, llegue a conocer transacciones encaminadas a legitimar capitales está facultada a comunicarlo al Ministerio Público, para los fines que procedan.

(Así adicionado por el artículo 5 de la Ley de Justicia Tributaria No.7535 del 1 de agosto de 1995. El artículo 6 de esa misma ley corrigió la numeración subsiguiente, siendo el antiguo numeral 115 el actual 120)

(Así reformado por el artículo 1º de la ley N° 9069 del 10 de setiembre del 2012, "Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria")

las personas físicas o jurídicas que no hayan presentado sus declaraciones o que realicen actividades económicas sin haberse inscrito como contribuyentes.

Se establece, también, que cuando la Administración Tributaria, *“en el ejercicio de las potestades legales que tiene atribuidas para la aplicación del sistema tributario”*, llegue a conocer transacciones encaminadas a legitimar capitales está facultada a comunicarlo al Ministerio Público, para los fines que procedan.²⁰¹

Debe entenderse que lo anterior no impide trasladar ni utilizar toda la información necesaria requerida por los tribunales comunes o por administraciones tributarias de otros países o jurisdicciones con las que Costa Rica tenga un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria.

Se indica, sin embargo, que *“la forma de intercambio de información y los procedimientos que serán seguidos para recabar la información solicitada serán los que se establezcan conforme al convenio internacional en cuestión y la normativa costarricense. Los procedimientos y potestades que tendrá la Administración Tributaria para recabar información conforme a los convenios internacionales serán los mismos que establece la normativa costarricense para que la Administración Tributaria recabe información con respecto a contribuyentes de Costa Rica.”*²⁰²

²⁰¹ Ídem.

²⁰²Íbid. Artículo 115 bis.

Artículo 115 bis.- Intercambio de información con otras jurisdicciones

Lo anterior, hace referencia al principio de autonomía procedimental, concepto que tiene gran relevancia en el tema del intercambio de información con fines tributarios, sin embargo, tal y como se desarrollará con posterioridad, resulta ser insuficiente.

De todo lo expuesto en este apartado, se puede afirmar que, según la Constitución Política costarricense, existe una obligación inexcusable de colaborar con los gastos públicos, se entiende, además, que el deber contribuir, está íntimamente ligado al deber de colaboración tributaria.

Aunado a lo dicho la Sala Constitucional ha manifestado que las potestades con las que cuenta la Administración Tributaria en ese sentido no resultan inconstitucionales, en el tanto se entiende que este deber de colaboración resulta necesario para no dejar sin contenido el deber general de contribuir y de esa manera lograr el efectivo cumplimiento de un fin público: solventar las necesidades sociales de los habitantes de la República, todo lo anterior entiéndase para efectos determinativos, según la propia Sala.

La prohibición indicada en el artículo anterior no impide trasladar ni utilizar toda la información necesaria requerida por los tribunales comunes o por administraciones tributarias de otros países o jurisdicciones con las que Costa Rica tenga un convenio internacional que contemple el intercambio de información en materia tributaria. En este sentido, la forma de intercambio de información y los procedimientos que serán seguidos para recabar la información solicitada serán los que se establezcan conforme al convenio internacional en cuestión y la normativa costarricense. Los procedimientos y potestades que tendrá la Administración Tributaria para recabar información conforme a los convenios internacionales serán los mismos que establece la normativa costarricense para que la Administración Tributaria recabe información con respecto a contribuyentes de Costa Rica.

(Así adicionado por el artículo 5° de la ley N° 9068 del 10 de setiembre del 2012, "Ley para el cumplimiento del estándar de Transparencia Fiscal")

El Tribunal Constitucional, también, ha indicado que el contribuyente cuenta con una serie de principios esenciales y garantías fundamentales tuteladas por el orden constitucional, de modo que estos principios y garantías representan un equilibrio para el interés público, en este sentido, así como la Administración Tributaria cuenta con amplias potestades para el cumplimiento de sus objetivos, el contribuyente puede invocar sus derechos fundamentales los cuales constituyen límites frente al poder del Estado.

Se evidencia, en este punto, un problema fundamental: la Administración Tributaria no distingue sobre la utilización de la información recabada en virtud del deber de colaboración para efectos determinativos, sancionatorios, o inclusive penales, permitiendo que estos datos sean utilizados para todos los supuestos, en adición a lo anterior, en virtud de tratados internacionales de intercambio de información, se le confiere a otras jurisdicciones las mismas facultades que tiene la Administración costarricense (se habla de la práctica administrativa), entendiéndose que estas jurisdicciones, también, podrían utilizar los datos a efectos, determinativos, sancionatorios o inclusive penales.

Para algunos supuestos, no solamente fiscales, sino inclusive relacionados con el delito de legitimación de capitales, el Código plantea que la Administración, en virtud del conocimiento de informaciones sustentadas en el deber de colaboración, dé noticia criminis al Ministerio Público sobre hechos que podrían ser utilizados en eventuales procesos penales.

En ciertos supuestos, la utilización de información recabada en virtud del deber de colaboración, podría rozar con derechos fundamentales, tema sobre el cual se ahondará con posterioridad.

SECCIÓN SEGUNDA: PROCEDIMIENTO SANCIONADOR TRIBUTARIO: PARTICULARIDADES RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL DERECHO PENAL

SUBSECCIÓN PRIMERA: PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL CONTRIBUYENTE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR TRIBUTARIO: APLICACIÓN DE LOS DERECHOS, PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO.

Según el Código de Normas y Procedimientos Tributarios a los supuestos que no puedan resolverse, según las disposiciones de ese texto normativo, o bien, según las leyes específicas sobre cada materia se deben aplicar supletoriamente los principios generales del Derecho Tributario, y en su defecto, los de otras ramas jurídicas que más se avengan con su naturaleza y fines.²⁰³

Lo anterior, debe tenerse especialmente presente al considerar que, según la normativa, además de los procesos puramente determinativos, existen ilícitos tributarios, los cuales se clasifican en sanciones administrativas y delitos tributarios. En cuanto a las primeras, la Administración Tributaria es quien resulta competente para imponerlas, estas sanciones pueden consistir en multas y cierre de negocios; por su parte es al Poder Judicial a quien le corresponde

²⁰³ Ibid. Artículo 7.

Artículo 7º.- Principios aplicables. En las situaciones que no puedan resolverse por las disposiciones de este Código o de las leyes específicas sobre cada materia, se deben aplicar supletoriamente los principios generales de Derecho Tributario y, en su defecto, los de otras ramas jurídicas que más se avengan con su naturaleza y fines.

conocer lo referente a los delitos tributarios, estos casos son resueltos en sede penal, al tratarse de más de quinientos salarios base.²⁰⁴

Se ha entendido que tanto la potestad administrativa sancionatoria y la potestad penal son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, y en ese sentido, los principios inspiradores del orden penal resultan de aplicación en ambos casos:

“(...) A pesar de algunas opiniones doctrinales claramente minoritarias, ésta es la tesis absolutamente dominante en la actualidad, de origen claramente jurisprudencial, defendida por la inmensa mayoría de la doctrina científica y asumida por el Tribunal Constitucional, que asimila la potestad administrativa sancionatoria y la potestad penal, conclusión a la que se llega tras la aceptación de la identidad sustancial entre las sanciones administrativas y penales, lo que pone de relieve que el ordenamiento punitivo del Estado es uno y sólo uno y que, por lo tanto, nada justifica la ya superada separación entre los principios y reglas del Derecho penal y lo que han venido inspirando el Derecho administrativo sancionador. La teoría de la identidad ontológica de los ilícitos y sanciones administrativos y penales y su consideración como manifestaciones de un único del Estado se erige así en justificación y fundamento de la extensión a la potestad sancionadora de la Administración de los principios elaborados por la dogmática

²⁰⁴ *Ibíd.* Artículo 65.

Artículo 65.- Clasificación Los hechos ilícitos tributarios se clasifican en infracciones administrativas y delitos tributarios.

La Administración Tributaria será el órgano competente para imponer las sanciones por infracciones administrativas, que consistirán en multas y cierre de negocios.

Al Poder Judicial le corresponderá conocer de los delitos tributarios por medio de los órganos designados para tal efecto.

(Así reformado por el artículo 2º de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

penal y procesal, aplicación ésta que venía siendo reclamada por nuestro Tribunal Supremo desde 1972, y que se vio, después, respaldada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y, finalmente, confirmada por el Tribunal Constitucional [Español] que, en su trascendental sentencia de 8 de junio de 1981, sentó la doctrina, reitera posteriormente en numerosas ocasiones, según la cual “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”.²⁰⁵

Por su parte, la Sala Constitucional costarricense en la resolución 3929-95 manifestó, que si bien es cierto, la potestad sancionatoria de la Administración cuenta con legitimidad constitucional, también es cierto que de las diferencias procedimentales existentes entre el procedimiento sancionatorio y el proceso penal no puede entenderse que el procedimiento administrativo está exento de las garantías de los ciudadanos:

“El primer cuestionamiento de este aparte, obedece a la añeja discusión sobre si la Administración pública puede aplicar normas punitivas, discrepancia que hace mucho tiempo fue superada en el propio Derecho Administrativo, a saber, la legitimidad constitucional de la potestad sancionadora de la Administración, por lo demás, vigente en diversos sectores de nuestro ordenamiento. En efecto, la facultad legal -contenida en este caso por el artículo 65 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (Proyecto)- que permita a la Administración el

²⁰⁵ Barboza Barquero, Laura. *El Principio de No Autoincriminación aplicable a la materia administrativa sancionatoria tributaria.* p17. Extraído de <http://bb9.ulacit.ac.cr/tesinas/Publicaciones/039292.pdf> el día 27/11/14.

conocimiento y juzgamiento de las infracciones administrativas, no invade el campo de la función jurisdiccional, ni tampoco el ejercicio de ésta, pues existen sustanciales diferencias entre las facultades administrativas y las jurisdiccionales, sin que pueda afirmarse que en el caso de examen las normas cuestionadas irrespetan tales diferencias. Es aceptado, en forma generalizada, que la infracción administrativa se diferencia del delito tributario por el órgano que establece la sanción -la Administración tributaria o un Juzgado Contencioso Administrativo en el primer caso; el Juez o Tribunal Penal en el segundo-, y por el tipo de pena; **sin embargo, las diferencias procedimentales existentes entre las sanciones aplicables a infracciones y a delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.** Se desprende de la lectura de las normas contenidas en los artículos que van del número 148 al 154 -así como de otras disposiciones del proyecto-, que éstas satisfacen, en términos generales, las exigencias mínimas de la garantía fundamental del debido proceso, puesto que en ellos se establecen el conjunto de reglas y procedimientos que el legislador y el ejecutor de la ley deben observar para garantizar los derechos de los ciudadanos, entre ellas, podemos apuntar: a) el respeto al principio "non bis in idem" (artículo 66 del Proyecto); observancia del principio de legalidad y del debido proceso (artículo 75); la obligación de establecer formalidades de notificación y audiencia (artículo 150 inciso 2); la motivación de los

pronunciamientos dictados al respecto (artículo 150, entre otros); los medios de impugnación (artículo 150 inciso 4) del referido Proyecto); el reconocimiento de la necesidad del elemento subjetivo, al menos culposo -negligente- en materia de tales ilícitos (artículo 69 del Proyecto); la exclusión de la sanción administrativa en virtud de la imposición de una por la autoridad judicial (artículo 66 párrafo segundo del proyecto). Sin embargo, cabe advertir que no se incluyen en la sección de comentario, causas eximentes de responsabilidad -las que si existen en el actual Código Tributario (artículos 76 y 77 del Código Normas y Procedimientos Tributarios vigente), pero no se vulnerar lo dispuesto en el artículo 39 Constitucional, si se interpreta que, vista la exigencia de culpabilidad del artículo 69 del Proyecto, ésta reforma tributaria se inserta, mutatis mutandis, en la parte general del Código Penal.”²⁰⁶

De esta resolución se deriva que la Administración Tributaria, deberá imponer las sanciones dispuestas en Código de Procedimientos Tributarios con apego a los principios de legalidad y al debido proceso; así las cosas, el acusado por infracción administrativa está tutelado por principios, tales como: la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, y el de contradicción de las pruebas.

Se entiende que la comprobación de hechos ilícitos tributarios debe respetar el principio de "non bis in ídem", en los supuestos en que las infracciones puedan constituir delitos tributarios, la Administración Tributaria

²⁰⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Numero 3929-95. Óp. Cit.,

debe trasladar el asunto a la jurisdicción competente, y se abstenerse de seguir el procedimiento sancionador, la sanción de la autoridad judicial excluye la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos.

Sin embargo, de no estimarse la existencia del delito, la Administración puede continuar con el procedimiento sancionador con base en los hechos considerados por los tribunales como probados.

En los casos en los que la Administración Tributaria ya haya establecido una sanción, el Código no impide iniciar una acción judicial, pero de resultar en condenatoria del imputado, las infracciones que puedan considerarse actos preparatorios del delito, sean acciones u omisiones incluidas en el tipo delictivo, se entienden subsumidas en el delito, en ese orden de ideas las sanciones administrativas impuestas deben ser revocadas, si su naturaleza lo permite.²⁰⁷

Al ser los delitos tributarios de conocimiento de la justicia penal, mediante el proceso estatuido en el Código Procesal Penal; en igual forma, les son aplicables las disposiciones generales contenidas en el Código Penal, sin

²⁰⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.4755*. Óp. cit., Artículo 66.
Artículo 66.- *Comprobación de hechos ilícitos tributarios* La comprobación de los hechos ilícitos tributarios deberá respetar el principio "non bis in idem", de acuerdo con las siguientes reglas:
a) En los supuestos en que las infracciones puedan constituir delitos tributarios, la Administración trasladará el asunto a la jurisdicción competente, según el artículo 89, y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa por los mismos hechos. De no haberse estimado la existencia del delito, la Administración continuará el expediente sancionador con base en los hechos considerados por los tribunales como probados.
b) En los supuestos en que la Administración Tributaria ya haya establecido una sanción, ello no impedirá iniciar y desarrollar la acción judicial. Sin embargo, si esta resulta en una condenatoria del sujeto, las infracciones que puedan considerarse actos preparatorios del delito, sean acciones u omisiones incluidas en el tipo delictivo, se entenderán subsumidas en el delito. Por tanto, las sanciones administrativas impuestas deberán ser revocadas, si su naturaleza lo permite.
(Así reformado por el artículo 2º de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

embargo, de existir disposiciones especiales en las leyes tributarias, éstas prevalecen sobre las generales.²⁰⁸

En sentencia, el juez penal debe resolver sobre la aplicación de las sanciones penales tributarias que recaen sobre el imputado, en el supuesto de condenatoria, debe determinar el monto de las obligaciones tributarias principales y las accesorias, los recargos e intereses, directamente vinculados con los hechos configuradores de sanciones penales tributarias, así como las costas que correspondan.²⁰⁹

Se encuentran tipificados como delitos tributarios el fraude a la Hacienda Pública²¹⁰, el acceso desautorizado a la información²¹¹, el manejo indebido de

²⁰⁸ *Ibíd.* Artículo 89.

Artículo 89.- Principios y normas aplicables

Los delitos tributarios serán de conocimiento de la justicia penal, mediante el procedimiento estatuido en el Código Procesal Penal; en igual forma, les serán aplicables las disposiciones generales contenidas en el Código Penal. Si en las leyes tributarias existen disposiciones especiales, estas prevalecerán sobre las generales.

(Así reformado por el artículo 2º de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

²⁰⁹ *Ibíd.* Artículo 90.

Artículo 90.- Procedimiento para aplicar sanciones penales

En los supuestos en que la Administración Tributaria estime que las irregularidades detectadas pudieran ser constitutivas de delito, deberá presentar la denuncia ante el Ministerio Público y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo sancionador y de determinación de la obligación tributaria, hasta que la autoridad judicial dicte sentencia firme o tenga lugar el sobreseimiento.

En sentencia, el juez penal resolverá sobre la aplicación de las sanciones penales tributarias al imputado. En el supuesto de condenatoria, determinará el monto de las obligaciones tributarias principales y las accesorias, los recargos e intereses, directamente vinculados con los hechos configuradores de sanciones penales tributarias, así como las costas respectivas.

(Así reformado por el artículo 2º de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

²¹⁰ Artículo 92.- Fraude a la Hacienda Pública

El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública con el propósito de obtener, para sí o para un tercero, un beneficio patrimonial, evadiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hayan debido retener, o ingresos a cuenta de retribuciones en especie u obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o los ingresos a cuenta o de las devoluciones o los beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de quinientos salarios base, será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años.

Para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior debe entenderse que:

programas de cómputo²¹², la facilitación del código y la clave de acceso²¹³, el préstamo de código y clave de acceso²¹⁴, de igual forma se regula la responsabilidad del funcionario público por acción u omisión dolosa²¹⁵, así como por acción u omisión culposa²¹⁶.

a) El monto de quinientos salarios base se considerará condición objetiva de punibilidad.
b) El monto no incluirá los intereses, las multas ni los recargos de carácter sancionador.
c) Para determinar la cuantía mencionada, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración y, si estos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.
Se considerará excusa legal absoluta el hecho de que el sujeto repare su incumplimiento, sin que medie requerimiento ni actuación de la Administración Tributaria para obtener la reparación.
Para los efectos del párrafo anterior, se entenderá como actuación de la Administración toda acción realizada con la notificación al sujeto pasivo, conducente a verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

(Así reformado por el artículo 1° de la ley N° 9069 del 10 de setiembre del 2012, "Ley de Fortalecimiento de la Gestión Tributaria")

²¹¹ *Ibíd.* Artículo 94.

Artículo 94.- Acceso desautorizado a la información

Será sancionado con prisión de uno a tres años quien, por cualquier medio tecnológico, acceda a los sistemas de información o bases de datos de la Administración Tributaria, sin la autorización correspondiente.

(Así reformado por el artículo 2° de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

²¹² *Ibíd.* Artículo 95.

Artículo 95.- Manejo indebido de programas de cómputo

Será sancionado con pena de tres a diez años de prisión, quien sin autorización de la Administración Tributaria, se apodere de cualquier programa de cómputo, utilizado por ella para administrar la información tributaria y sus bases de datos, lo copie, destruya, inutilice, altere, transfiera, o lo conserve en su poder, siempre que la Administración Tributaria los haya declarado de uso restringido, mediante resolución.

(Así reformado por el artículo 2° de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

²¹³ *Ibíd.* Artículo 96.

Artículo 96.- Facilitación del código y la clave de acceso

Será sancionado con prisión de tres a cinco años, quien facilite su código y clave de acceso, asignados para ingresar a los sistemas de información tributarios, para que otra persona los use.

(Así reformado por el artículo 2° de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

²¹⁴ *Ibíd.* Artículo 97.

Artículo 97.- Préstamo de código y clave de acceso

Será sancionado con prisión de seis meses a un año quien, culposamente, permita que su código o clave de acceso, asignados para ingresar a los sistemas de información tributarios, sean utilizados por otra persona.

(Así reformado por el artículo 2° de la ley No.7900 de 3 de agosto de 1999)

²¹⁵ *Ibíd.* Artículo 98.

Artículo 98.—Responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión dolosa. Será sancionado con prisión de tres a diez años, y con inhabilitación, de diez a quince años, para el ejercicio de cargos y empleos públicos, cualquier servidor público que, directa o indirectamente, por

Una vez que han sido expuestas las garantías procedimentales insertas en nuestra legislación, es conveniente reflexionar sobre el porqué resulta relevante dejar sentado que el procedimiento administrativo sancionatorio se ve informado por los principios del derecho penal en el tema que se ocupa; la respuesta a esta interrogante radica, en parte, a la legitimidad de la prueba de una eventual declaración del contribuyente.

Casado Ollero plantea una reflexión muy interesante al respecto, el autor concuerda con la mayoría de la doctrina en el sentido de que el material aportado, o bien, la declaración realizada por el contribuyente en cumplimiento de un deber, en el caso concreto el deber de colaboración tributaria, o aún más, específicamente, el deber de información, es una prueba coactivamente aportada, ya que existe un apercibimiento de sanción, por lo que esta prueba no puede ser utilizada para sancionar, y menos aún para sustentar un proceso penal, y en este

acción u omisión dolosa, colabore o facilite en cualquier forma, el incumplimiento de la obligación tributaria y la inobservancia de los deberes formales del sujeto pasivo.

La misma pena se le impondrá al servidor público que, sin promesa anterior al delito, ayude de cualquier modo a eludir las investigaciones de la autoridad sobre el incumplimiento o la evasión de las obligaciones tributarias, a substraerse de la acción de estas, u omite denunciar el hecho cuando esté obligado a hacerlo. Asimismo, será reprimido con prisión de ocho a quince años, y con inhabilitación de quince a veinticinco años para ejercer cargos y empleos públicos, el servidor público que, por sí o por persona física o jurídica interpuesta, reciba dádivas, cualquier ventaja o beneficios indebidos, de carácter patrimonial o no, o acepte la promesa de una retribución de cualquier naturaleza, para hacer, no hacer o para un acto propio de sus funciones, en perjuicio directo o indirecto del cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones tributarias.

(Así reformado por el inciso g) del artículo 27 de la Ley N° 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias de 4 de julio del 2001).

²¹⁶ *Ibid.* Artículo 98 bis.

Artículo 98 bis.—Responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión culposa. Será sancionado con prisión de uno a tres años y con inhabilitación de diez a veinte años para ejercer cargos y empleos públicos, el servidor público que por imprudencia, negligencia o descuido inexcusable en el ejercicio de sus funciones, posibilite o favorezca en cualquier forma, el incumplimiento de las obligaciones tributarias, o entorpezca las investigaciones en torno a dicho incumplimiento.

(Así adicionado por el inciso h) del artículo 27 de la Ley N° 8114, Ley de Simplificación y Eficiencia Tributarias de 4 de julio del 2001).

punto hace una distinción entre lo que significa “aportar prueba” y “soportar prueba”, este último concepto refiere más bien a la prueba que la administración puede recabar, considerando al contribuyente como objeto de prueba y que materializa ejercitando sus potestades de requerimiento de información a terceros.²¹⁷

Lo anterior, aunado al hecho de que el procedimiento meramente determinativo no se ve informado por los principios del derecho penal, confirma

²¹⁷ Casado Ollero, Gabriel. Conferencia titulada “El derecho a no autoincriminarse en el procedimiento tributario sancionador” (2000) Seminario “Derecho Sancionador Tributario y Estatuto del Contribuyente” organizado por ULACIT y el Centro de Estudios Tributarios. p 11. Extraído de <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/El%20Derecho%20a%20no%20autoincriminars%20en%20el%20procedimiento%20tributario%20sancionador.%20carp.%20P%C3%BAblicas.doc> el 30/11/2014.

“Pues bien, la administración en el ejercicio de su función que como parte acusadora le corresponde de probar los hechos imputados al contribuyente, practica determinadas pruebas, considera al contribuyente como “objeto de prueba” no como sujeto que “aporta la prueba”;

“Ese cumplimiento de ese deber legal o administrativo de información significa que el material aportado, es una material coactivamente aportado; existe una coacción jurídica bajo apercibimiento de sanción. En segundo término es coactivamente aportado. Y aquí habría que hacer (y voy a tratar de resumir todavía más) una distinción importante, que constituye la clave para comprender la naturaleza y el alcance de lo que hay dentro y, sobre todo, de lo que queda fuera del derecho a no declarar, entre “aportar prueba” y “soportar prueba”.

Desde luego, las expresiones son distintas, son distintos los conceptos y son distintas las consecuencias. Debe tratarse de prueba aportada por el contribuyente de manera coactiva. Esa prueba coactivamente aportada por el contribuyente, ese material autoincriminatorio, está invalidado para sancionar.

¿Pero qué sucede con los datos que obtiene la administración como consecuencia de las pruebas que tiene que soportar el contribuyente. Piensen ustedes en el ámbito no estrictamente tributario, sino, en el ámbito de las sanciones de tránsito. Piensen en los controles de alcoholemia, en la prueba que la administración es la encargada de acusar. El derecho a no declarar contra sí mismo no es sino una secuela de la presunción de inocencia. La presunción de inocencia requiere que sea quién acusa, en este caso la administración, la que aporte al procedimiento la prueba de cargo; que no puede pretender el acusador -la administración- que el acusado -el contribuyente- aporte al procedimiento la prueba que acredite su culpa. Luego, el derecho a no declarar constituye un derecho que está íntimamente relacionado con la presunción de inocencia. La presunción de inocencia comporta que quién acusa, prueba. Ese es el marco de manifestación del sistema general que constituye al actor, al demandante, la prueba del derecho que hace valer en el procedimiento.

Pues bien, la administración en el ejercicio de su función que como parte acusadora le corresponde de probar los hechos imputados al contribuyente, practica determinadas pruebas, considera al contribuyente como “objeto de prueba” no como sujeto que “aporta la prueba”; sino como “objeto que tiene que soportar la prueba”: la pericia técnica de análisis de tejidos, de sangre, de semen, de pelo, del grado de alcohol en la sangre. El contribuyente está obligado, el ciudadano, el administrado, está obligado a “soportar” la prueba que pretenda practicar. Naturalmente, siempre que se cumplan los requisitos legales y reglamentarios establecidos al efecto.”

que es posible dar cumplimiento al fin público, sin menoscabar derechos fundamentales.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. ILEGALIDAD DEL USO DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS RENDIDAS COACTIVAMENTE PARA FINES SANCIONATORIOS Y PENALES.

El problema de la autoincriminación en materia tributaria, como ya se ha adelantado, surge de la contraposición de la obligación que tiene el contribuyente de colaborar con la Administración Tributaria, en el marco de un procedimiento administrativo tributario, y el derecho a no autoincriminarse existente en el proceso penal, cuyos principios inspiradores como ya se expuso resultan de aplicación al procedimiento administrativo sancionatorio, entendiéndose que existe la posibilidad de que las declaraciones rendidas a la administración tributaria como cumplimiento de un deber, sean utilizadas a nivel judicial para probar la comisión de un delito tributario, o inclusive como notitia criminis de éste, o bien, al aplicar una sanción administrativa, cuando en principio esta prueba fue obtenida bajo coacción.

“En cuanto al ejercicio de las facultades de inspección de los tributos se ha cuestionado por la doctrina la eventual afectación a ciertos derechos constitucionales en materia penal, como son el derecho a no autoinculparse y el principio de presunción de inocencia.

[...]En esa virtud es importante analizar cuál es la situación de esos derechos fundamentales y proponer medidas que coadyuven a su preservación, sin llegar al extremo de que se omita el cumplimiento de los deberes formales con la

Administración tributaria; esto último, a fin de dar sentido tanto a la norma constitucional que sustenta los deberes formales para con la Administración, así como a los derechos fundamentales señalados.”²¹⁸

Dentro del proceso penal, y como base del debido proceso, es de conocimiento general la existencia de una serie de garantías, entre ellas el principio de inocencia y derivado de éste, el derecho a la no autoincriminación, lo anterior encuentra su fundamento jurídico en los artículos 36, 39 y 41 constitucionales:

ARTÍCULO 36.- “En materia penal nadie está obligado a declarar contra sí mismo”.

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

ARTÍCULO 40.- “Nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes ni a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Toda declaración obtenida por medio de violencia será nula.”

²¹⁸ Gallegos Flores, Joaquín. El deber formal de colaborar con la Administración tributaria y su colisión con los derechos fundamentales de no autoincriminación y presunción de inocencia. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. p 68. Extraído de http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_4.pdf el 27/11/2014.

En ese sentido “como es sabido, el principio de presunción de inocencia tiene dos vertientes fundamentales. La primera, en el sentido de que toda persona debe tenerse por inocente hasta que su culpabilidad haya quedado debidamente demostrada, lo cual es conocido como el principio *in dubio pro reo*. La segunda, que para destruir esa presunción de inocencia, la prueba de la culpabilidad debe ser aportada por aquél que acusa. El principio de presunción de inocencia, es por decirlo de alguna manera, la otra cara de la moneda del derecho a no autoincriminarse; una cobertura en los dos frentes. Si la acusación debe ser probada para poder derivar en una sanción del infractor, y el sospechoso o acusado de la infracción no se ve obligado a colaborar en dicha tarea, tendrá que ser aquél que acusa quien despliegue la actividad probatoria.”²¹⁹

Este principio, también, se encuentra tutelado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, específicamente en el artículo 8²²⁰, el cual

²¹⁹Luna Rodríguez, Rafael. Óp. Cit., p 2.

²²⁰ Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Artículo 8. El subrayado no corresponde al original.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

refiere a las Garantías Judiciales, extendiendo el contenido del derecho ya tutelado constitucionalmente, invalidando cualquier prueba obtenida por medio de coacción *“La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.”*²²¹

Ya se ha advertido que *“la justificación del derecho a no autoincriminarse, o su negación, no debe buscarse con vista en el caso particular, en el cual obviamente se puede estar beneficiando a un sujeto que haya cometido un ilícito, sino en una protección general de la sociedad, ante el posible arribo de métodos generalizados que vulneren las libertades del individuo, y que degraden la integridad física o moral de los componentes de la sociedad. De hecho, lo mismo cabe decir de prácticamente todos los medios procesales de defensa reconocidos dentro de procesos punitivos institucionales.”*²²²

En el caso particular objeto de esta investigación, no debe perderse de vista que no se trata aquí de apadrinar, encubrir, o promover la comisión de ilícitos tributarios, sino de dejar en claro el procedimiento legal, y constitucionalmente válido que debe ser aplicado en este tipo de procesos, a fin

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia. (El subrayado no corresponde al original)

²²¹ Luna Rodríguez, Rafael. Óp. cit., p 2.

²²² Ibíd. p 4.

de respetar, tanto nuestro ordenamiento jurídico interno, como los compromisos internacionales suscritos en materia de derechos humanos.

Lo anterior, en el entendido de que la potestad tributaria no responde a fines arbitrarios, siendo que, por el contrario, los principios que dan forma a la justicia tributaria, responden más bien, en el seno del constitucionalismo, a la necesidad de controlar el poder político.²²³

Este tema no es desconocido para la doctrina, y también ha sido objeto ya de numerosas resoluciones judiciales a nivel internacional, sin dejar de lado por supuesto la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense.

En cuanto a las sentencias emitidas por tribunales internacionales, vale la pena mencionar las emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así por ejemplo en el caso “Bendenoun c.Francia” *“la cual versaba en lo esencial sobre el incumplimiento de los deberes tributarios del demandante. A pesar de que el TEDH estimó que no se había violado el derecho a la defensa que el artículo 6 del Convenio protege igualmente, fue la primera vez que el TEDH señaló expresamente que las sanciones contenidas en el régimen tributario tienen una magnitud o entidad tal, que pueden ser consideradas como sanciones de carácter penal, y por tanto, la persona ha de entenderse a estos efectos como acusada en materia penal, según los significados propios que tales conceptos tienen dentro el artículo 6²²⁴ del*

²²³ Gallegos Flores, Joaquín. Óp. Cit., p 63.

²²⁴ Consejo de Europa. (1950). *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Artículo 6. Artículo 6
Derecho a un proceso equitativo

*Convenio*²²⁵ y de esta forma dicho Tribunal “*extendió la garantía de no declarar en contra de sí mismo a los procedimientos jurisdiccionales referidos a ilícitos tributarios, partiendo de la premisa conceptual de la “acusación en materia penal” del ya citado artículo 6.1 del Convenio Europeo.*”²²⁶

El Tribunal en dicha oportunidad consideró que “*el derecho a no declarar contra sí mismo juega no sólo en presencia de un procedimiento penal, sino cuando se está frente a un procedimiento administrativo sancionador, por lo que reconoce que el artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos*

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan;

d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra;

e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

²²⁵ Luna Rodríguez, Rafael. Óp. cit., p 8.

²²⁶ Berruezo, Rafael. Autoincriminación en el Derecho Penal Tributario. (2011) Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. p 8. Extraído de <http://www.ciidpe.com.ar/area5/AUTOINCRIMINACIONBerruezo.pdf> el 27/11/2014.

humanos es aplicable a los procesos relacionados con sanciones tributarias administrativas."²²⁷

El Tribunal ha declarado en dicha causa que determinados recargos sobre el impuesto acordados por la Administración tributaria tienen naturaleza penal, en cuanto los mismos *"no tienden a la reparación pecuniaria de un perjuicio, sino que están dirigidos esencialmente a castigar para impedir la reiteración de conductas similares....se fundan sobre una norma de carácter general cuyo fin es a la vez preventivo y represivo..."*²²⁸

A esta sentencia le preceden otros antecedentes, entre ellos "SA Solvay & Cie c. Comisión" y "Orkem c. Comisión" *"en los cuales el Tribunal de Justicia había establecido que el respeto del derecho de defensa, debe estar garantizado no sólo en el procedimiento administrativo que pueda conducir a la imposición de sanciones, sino también en el marco de los procedimientos de verificación previos, tales como solicitudes de información (artículo 11 del Reglamento N° 17), que bien podrían ser determinantes para la obtención de pruebas del carácter ilegal de la actuación de empresas, que puedan acarrear su responsabilidad.*

En ambos casos, con similares fundamentos, el Tribunal dispone que la referida institución, más allá de las potestades otorgadas por el referido Reglamento, no puede, mediante una decisión de solicitud de información, vulnerar el derecho de defensa reconocido a la empresa, imponiéndole la obligación de dar

²²⁷ Gallegos Flores, Joaquín. Óp. cit., p 72.

²²⁸ Berruezo, Rafael. Óp. cit., p 8.

respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe precisamente a dicha Comisión.”²²⁹

En similar sentido, el fallo “Funke v. Francia”, del 25 de febrero de 1993, dictado por el Tribunal Europeo, “*establece la absoluta nulidad de los procedimientos de inspección efectuados bajo requisitoria administrativa con el fin de su reenvío a la sede penal, porque ello está impregnado de violación de los derechos procesales del acusado. El fallo “Funke” determina que un inspector fiscal no puede compeler válidamente en la vía administrativa a que un inspeccionado se auto-denuncie informando a la inspección sus relaciones financieras con el extranjero, como tampoco puede exigir aportación de documentos de toda naturaleza relativa a operaciones que interesan al servicio fiscal para formular una denuncia penal.*”²³⁰

“El referido tribunal estableció que no cabía invocar el interés público para justificar el uso de declaraciones obtenidas coactivamente, en una investigación no judicial para incriminar al acusado durante el proceso penal.”²³¹

Es así como se llega a la conclusión de que el “*Tribunal Europeo determina que la Administración no puede coaccionar, a través de la inspección tributaria, a los administrados a efectos de que proporcionen pruebas incriminatorias bajo la*

²²⁹ *Ibíd.* p 9.

²³⁰ *Ibíd.* p 9.

²³¹ Gallegos Flores, Joaquín. *Óp. cit.*, p 72.

coacción, incluso, de la apertura de un proceso penal por desobediencia a los requerimientos de las autoridades públicas.”²³²

Por otra parte, del caso “Saunders v. Reino Unido”, el 17 de diciembre de 1996, se extrae que *“existe un abuso del procedimiento cuando en ejercicio de facultades administrativas de inspección, se utilizan dichos poderes para construir un caso criminal”. Ergo, la inspección tributaria, por vía administrativa, no puede colectar la notitia criminis, porque la facultad de los inspectores es inquisitiva, pero no es una función judicial.*

En esencia, la función de inspección es verificar un hecho tributario, pero no es parte del cometido tomar una decisión de valoración penal de los hechos, especialmente a priori.

El fallo “Saunders” determina que el privilegio de no autoincriminarse, absteniéndose de brindar información a la inspección tributaria, forma un elemento importante de la salvaguardia individual frente a la opresión y coerción administrativa, que linda con el principio de la presunción de inocencia

Por último, podemos decir que según el TETD, la garantía de la no autoincriminación coactiva no se limita a un proceso penal “stricto sensu”, sino que se extiende a los actos administrativos sancionadores, es decir, alcanza a todos los

²³² Berruezo, Rafael. Op. cit., p 10.

procedimientos en que la persona (física o jurídica) podría con su declaración producir un propio perjuicio.”²³³

Por otro lado, el TEDH en su sentencia de 3 de mayo de 2001, en el caso denominado “J.B. contra Suiza”, afirmó:

“No obstante, debe quedar claro que tal y como menciona la sentencia comentada, el caso no enjuicia la posibilidad de los gobiernos de los Estados Firmantes, de obligar a los contribuyentes a brindar información con el único propósito de regularizar su situación tributaria. En este sentido, aunque dicho deber se conserve, ciertamente no se violaría el derecho a no autoincriminarse, con tal de que no fuera posible utilizar la información proporcionada coactivamente por el contribuyente, con la finalidad de regularizar su situación tributaria, para otra completamente distinta, como lo sería el procedimiento sancionador tributario o incluso penal. Y esto es así, puesto que lo único sobre lo que resulta posible incriminarse, es sobre la comisión de ilícitos, pero no sobre el debido pago de tributos, lo cual como hemos visto, es un deber impuesto por nuestra propia Constitución Política.”²³⁴

La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, por su parte ha sostenido, en algunas ocasiones, criterios diametralmente distintos a los esbozados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así por ejemplo en el caso *Couch v. United States*, la Corte manifestó que “*el privilegio de la quinta*

²³³ *Ibíd.* p 10.

²³⁴ Luna Rodríguez, Rafael. *Óp. cit.*, p 10.

enmienda de la Constitución de EE.UU. es de naturaleza íntima y personal, que prohíbe que el Estado obtenga pruebas de parte del requerido o imputado que impliquen autoinculpación, pero no alcanza a la información que pudiera incriminarle y que se encuentra en poder de terceros, por lo que si la información fue requerida a su contador, no hubo coerción alguna sobre el actor para aportar datos.”²³⁵

Lo anterior, guarda relación con lo expuesto líneas atrás sobre la diferencia entre aportar prueba y soportar prueba, sin embargo, existen casos en los cuales sí se considera que existe una violación del derecho a no autoincriminarse, aunque no haya sido manifestado así por la Corte:

En la causa *Fishers v. United States* “*en la que dos contribuyentes investigados por presuntos ilícitos tributarios habían entregado documentación a sus abogados para que analizaran el tema. Los abogados fueron requeridos para la entrega de la documentación y se opusieron, alegando el privilegio abogado-cliente y la quinta enmienda, y señalaron que esos documentos eran inmunes a los requerimientos de la Administración. La Corte Suprema entendió que no se violó la quinta enmienda porque el contribuyente no fue obligado a aportar ningún documento que lo autoincriminara, sino que el requerimiento fue a un tercero.*”²³⁶

²³⁵ Álvarez Echagüe, Juan M. *Análisis del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y su aplicación en el derecho sancionador tributario a partir de la doctrina y jurisprudencia española, estadounidense, argentina y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. p11. Extraído de <http://www.aeyasoc.com.ar/articulo8.pdf> el 01/12/2014.

²³⁶ Gallegos Flores, Joaquín. *Op. cit.*, p 75.

Como último ejemplo, vale traer a colación el caso *United States v. Troeschers*, en el cual “la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que la posibilidad de invocar la quinta enmienda es posible únicamente cuando hay un riesgo sustancial de autoincriminarse y que la existencia de ese riesgo es generalmente determinada por el examen de las preguntas, su formulación y las peculiaridades del caso.”²³⁷

Lo anterior, sin hacer ninguna alusión a las particularidades propias de cada proceso, y estableciendo en su lugar criterios sumamente vagos e imprecisos, sin embargo, debe tenerse presente que esta última sentencia, al menos abrió un portillo a partir del cual “se ha empezado a cambiar el criterio jurisprudencial de la “*required records doctrine*“ o “*Shapiro doctrine*” que había imperado por muchos años, en el sentido de eliminar la llamada “*Tax-Crime Exception*”, aceptando el derecho a no autoincriminarse en los procedimientos tributarios.”²³⁸

Ahora bien, una vez que fueron expuestas, tanto las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, es necesario estudiar lo dicho por la Sala Constitucional costarricense en la resolución número 2000-11403.

“Cabe recordar en primera instancia que nuestra Sala Constitucional, en la consulta legislativa N° 2781-95 señaló que “Es aceptado, en forma generalizada

²³⁷ Ídem.

²³⁸ Luna Rodríguez, Rafael. Óp. cit., p 10. El subrayado no corresponde al original.

*que la infracción administrativa se diferencia del delito tributario por el órgano que establece la sanción –la Administración tributaria o un Juzgado Contencioso Administrativo en el primer caso; el Juez o Tribunal Penal en el segundo-, y por el tipo de pena; sin embargo, las diferencias procedimentales existentes entre sanciones aplicables a infracciones y delitos, no pueden conducir a ignorar en el ámbito del procedimiento administrativo las garantías de los ciudadanos, en efecto, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*²³⁹

De igual forma la Sala ha expresado en referencia al tema que “Estos principios, aplicables en principio al ámbito penal, resultan asimismo de aplicación en los procedimientos sancionadores administrativos, entre ellos, el tributario, en tanto representan manifestaciones del ius puniendi del Estado.”²⁴⁰

En ese sentido en la resolución de referencia “La Sala pone de manifiesto que el procedimiento tributario es de índole administrativa, no penal, y, que, en consecuencia, se rige por su propia normativa, dentro de la cual no se contempla la advertencia sobre las posibles consecuencias penales de lo declarado. En definitiva, las declaraciones efectuadas en la entrevista son legítimas de cara a los

²³⁹ *Ibíd.* p 12.

²⁴⁰ *Ibíd.* p 13.

finés que cumplen, esto es, en tanto que forman parte de la función administrativa que determina si se cumplió o no la obligación tributaria”²⁴¹

Nótese que, si bien, la Sala reconoce que el procedimiento administrativo responde a sus propias normas, y que, en ese sentido, las pruebas obtenidas para fines administrativos son válidas, hace hincapié en el hecho de que la legitimidad de las declaraciones siempre estará necesariamente limitada por los fines en los cuales estas declaraciones vayan a ser utilizadas, esto hace necesariamente llegar a la conclusión de que dichas declaraciones serían válidas para fines determinativos, pero no para procedimientos administrativos sancionatorios, y menos aún en caso de procesos de carácter penal.

En este punto resulta oportuno ahondar sobre la incidencia de los diferentes tipos de procedimientos administrativos en relación con el problema de la autoincriminación:

“Es importante destacar, en relación con la idea de tensión dialéctica expuesta por Sanz Díaz-Palacios, que el obligado tributario no puede omitir el cumplimiento de sus deberes formales de colaboración con fundamento en el derecho a no declarar contra sí mismo, que entronca en el deber de contribuir, que constituye una obligación que no puede ser objetada.

²⁴¹ Rojas Sáenz, Gloriana. El Derecho a no autoinculparse en materia tributaria (La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 2000-11403). Foro Constitucional Iberoamericano N°12. 2005/2006.p 206. Extraído de <http://www.idpc.es/archivo/1208279975FCI12NGR.pdf> el 27/11/2014.

La anterior idea conduce a determinar la extensión del derecho a no autoinculparse, a los procedimientos sancionadores, o bien limitar el derecho a la esfera penal.”²⁴²

Se ha manifestado que *“De esta confrontación surgen dos propuestas de solución básicas, una que sobredimensiona el derecho a la no autoincriminación y que propone que el contribuyente puede negarse a colaborar con la Administración tributaria al amparo de su derecho a no declarar en contra de sí mismo, y la segunda, que propone la subsistencia del deber de colaborar en la sede administrativa, y el respeto al derecho de no autoinculparse en la sede sancionadora fiscal y en el proceso penal, que es una teoría que armoniza normas y principios constitucionales”²⁴³*

El segundo supuesto comulga con lo que se desea dejar sentado en la presente investigación en el entendido de que *“el Derecho constitucional a no declarar contra sí mismo implica que el Estado no puede ejercer su ius puniendi para obtener elementos probatorios del sujeto pasivo a quien posteriormente intentará sancionar con las pruebas así obtenidas[...] ello no enerva la facultad de la Administración tributaria de utilizar esos datos o pruebas obtenidas bajo pena de sanción para la determinación de la obligación tributaria, la cual se mantiene incólume y es absolutamente legítima.”²⁴⁴*

De todo lo dicho es posible extraer las siguientes conclusiones:

²⁴² Gallegos Flores, Joaquín. Óp. Cit., p 71.

²⁴³ *Ibíd.* p 62.

²⁴⁴ *Ibíd.* p 75.

- En primer lugar, los principios inspiradores del derecho penal resultan aplicables a los procesos sancionatorios administrativos tributarios, así lo ha señalado expresamente la Sala Constitucional, y así lo ha reconocido la doctrina.

“La regulación y exigencia del procedimiento administrativo sancionador, busca compensar las prerrogativas jurídicas y fácticas de la Administración Pública, lo mismo que los privilegios de la autotutela y de la ejecutoriedad de los actos administrativos (y de las sanciones). En sistemas como el nuestro, donde la Administración goza de privilegio legal de imponer coactivamente sus decisiones administrativas y de imponer verdaderas sanciones, sin acudir a los tribunales de justicia, es esencial que la imposición de ese tipo de decisiones y la ejecución de los actos que las materializan, sean producto de un procedimiento, que se respeten los límites del ordenamiento, que se persigan los fines que justifican esas prerrogativas y que expliquen las decisiones concretas, y –last but not least- que no se violenten los derechos del administrado. Se quiere obviamente evitar que la Administración Pública pueda imponer una decisión o una sanción administrativa sin cumplir los recaudos constitucionales o legales o sin conocer la verdad real de los hechos que la sustentan” (Castro, 2006, p. X).”²⁴⁵

- Los principios inspiradores del derecho penal no resultan aplicables a los procesos determinativos administrativos tributarios. Los

²⁴⁵ Barboza Barquero, Laura. Óp. Cit., p13.

contribuyentes tienen el deber de contribuir con los gastos públicos, y en ese sentido, tienen un deber de información respecto de la administración tributaria, a efectos de determinar cuáles son los tributos que deben pagar.

- Las declaraciones voluntariamente rendidas por el contribuyente para determinar la obligación tributaria son válidas; las declaraciones rendidas por el contribuyente de forma coactiva bajo pena de sanción, a efectos de aplicar una multa producto de un proceso sancionador tributario, por el contrario no resultan válidas.
- Es válido tomar como prueba para un proceso penal por un ilícito tributario, aquella recabada en un proceso administrativo determinativo, o bien, sancionatorio, siempre y cuando sea prueba recabada por la administración y no suministrada por el contribuyente coactivamente.

SECCIÓN TERCERA: INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA A NIVEL INTERNACIONAL.

El intercambio de información tributaria puede ser definido como “la acción de intercambiar datos con transcendencia tributaria”²⁴⁶. Se considera que este intercambio tiene dos finalidades “por una parte, la de establecer los hechos en relación con los que sean de aplicación las reglas de un convenio tributario

²⁴⁶ Merino, María. y Nocete, Francisco. *El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español*. Instituto de Estudios Fiscales. DOC. n.o 6/2011.p 6. Extraído de <http://www.hacienda.go.cr/cifh/sidovih/uploads/archivos/Articulo/El%20intercambio%20de%20informaci%C3%B3n%20tributaria.pdf> el 30/12/2014.

sobre la renta y el patrimonio; por otra, la de asistir a una de las partes contratantes en la gestión y aplicación de su legislación interna.”²⁴⁷

Producto de las graves crisis financieras enfrentadas por multiplicidad de Estados en los últimos años, el intercambio de información tributaria con otras jurisdicciones es un tema que ha adquirido aún mayor relevancia; esto por cuanto se entiende que parte de estas crisis obedecen, o se ven agravadas, por el déficit fiscal, para lo cual la cooperación entre Estados resulta vital; es así como existe un fuerte rechazo político y económico hacia aquellos territorios considerados como paraísos fiscales:

*Se “[...] decidió incrementar la presión sobre aquellos países y territorios que no prestaban un intercambio efectivo de información fiscal con el objetivo de establecer un standard más elevado en la efectividad de la cooperación fiscal. Esto fue desarrollado a través del Foro Global de la OCDE y el G20. Como primera consecuencia, la OCDE publicó un informe en Abril del 2009 estableciendo una categorización de los diferentes países y jurisdicciones en función de que “hubiesen aumentado sustancialmente su grado de cumplimiento del standard internacional acordado”, lo hubiesen aceptado pero no lo hubiesen implementado todavía, o no lo hubiesen aceptado siquiera, estableciendo así un sistema de triple lista negra, gris y blanca de los diferentes países y territorios*⁸.

²⁴⁷ Ibid. p 6.

Entre las consecuencias jurídicas sugeridas para los territorios que desoyeran los mencionados estándares de efectivo intercambio de información, se propuso, por ejemplo, la imposición de restricciones a las transferencias de capital efectuadas desde y hacia los territorios incluidos en la lista negra, así como imponer el aislamiento político y económico de aquellos países y territorios que no prestasen la debida cooperación en materia fiscal. Poco después, la publicación de la lista negra de jurisdicciones poco cooperativas con las autoridades fiscales y judiciales fue una de las medidas estelares de la cumbre del G-20 en Londres, en abril de 2009.”²⁴⁸

En este sentido, cabe indicar que la lucha de los Estados por no ser un paraíso fiscal, no se remite únicamente a evitar la evasión, o bien la elusión, de manera interna o individual, en aras de preservar intereses meramente nacionales; si no que esta lucha se extiende a evitar ser percibido como un paraíso fiscal por otros Estados.

Lo anterior responde, principalmente, a dos razones, la primera es un asunto indudablemente de política exterior, el país tiene el interés de ser considerado un Estado seguro, confiable, cooperativo y sobre todo un Estado donde se impone el ordenamiento jurídico, por encima de las actividades que por el contrario operan al margen de la ley.

²⁴⁸ Rodríguez-Bereijo León, María. *El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria*. (2012). Revista para el análisis del Derecho. p 6. Extraído de <http://www.indret.com/pdf/918.es.pdf> el 30/10/2014.

Un Estado que suscribe convenios de intercambio de información tributaria y que, además adecua su legislación interna a prácticas que comulgan con estándares internacionales reconocidos, es un Estado que refleja preocupación por la realidad internacional en cuanto al tema tributario, lo que implica, a la vez, que es un Estado que condena el financiamiento de terrorismo y el blanqueamiento de capitales; esto hace que tenga cabida dentro de organismos internacionales integrados, simultáneamente, por Estados que promueven este tipo de prácticas, los cuales cuentan con economías consolidadas, relaciones que a la postre no hacen más que promover el desarrollo económico.

La otra razón, sobre la cual lo dicho supra no deja de tener incidencia, es un tema de economía real, el Estado requiere de los impuestos para llevar a cabo sus actividades; a la vez, en el entendido que se forma parte de una economía global, en la cual muchas transacciones de bienes y servicios se dan entre actores económicos internacionales, la evasión, o bien, la elusión en un país determinado termina por afectar a otros Estados.

Costa Rica hace unos años no era visto con buenos ojos, según las consideraciones anteriores. En 2009, estuvo en la llamada lista negra, sin embargo, dentro de ese mismo año pasó a formar parte de la lista gris mediante el compromiso de hacer reformas a su legislación, y finalmente salió de la lista gris en el año 2011, tras cumplir los compromisos pactados, mismos que incluían la firma de al menos doce tratados de intercambio de información bajo los estándares de la OCDE.

Estas modificaciones, como ya se adelantó, tuvieron dos ejes, el primero direccionado hacia la práctica de reformas importantes a la legislación interna, y el segundo direccionado hacia el ámbito internacional con la suscripción de tratados de intercambio de información.

Debido al peso que tiene la ratificación de estos tratados en la esfera internacional, y en aras de exponer el asunto de una forma más gráfica es oportuno indicar que el intercambio de información tributaria se nutre, tanto de las fuentes propias del derecho tributario internacional, consideradas como *“las normas internas de un ordenamiento jurídico que regulan hechos imposables caracterizados por elementos ajenos a dicho ordenamiento local”*²⁴⁹, así como de las fuentes que conforman el derecho internacional tributario, las cuales son *“las normas previstas en los acuerdos internacionales que se refieren al ejercicio de la actividad de los Estados en materia tributaria en el ámbito de cada ordenamiento”*²⁵⁰

En ese sentido y respecto del segundo caso (sea a las fuentes derivadas del derecho internacional tributario, ya que el ordenamiento interno ya fue abordado en un apartado anterior) los acuerdos internacionales plantean la ejecución del intercambio de información bajo varios supuestos, estos pueden realizarse previa petición (o por requerimiento), de forma automática, o espontánea:

²⁴⁹ Uckmar, Víctor. y Torrealba, Adrián. (2014). *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental. p 27.

²⁵⁰ Ídem.

- El intercambio de información previa petición (o por requerimiento): Se refiere a una situación en la que la autoridad competente de un país solicita información particular a la autoridad competente de otra parte contratante.
- El intercambio automático de información: La información que es intercambiada de esta forma es, generalmente, información que comprende muchos casos individuales del mismo tipo, que consisten, con frecuencia, en rentas que proceden de fuentes situadas en el país de la fuente, como por ejemplo: intereses, dividendos, cánones, pensiones, etc. Esta información es obtenida de forma rutinaria por el país que la remite (generalmente, a través de las declaraciones de los pagadores), quedando, de este modo, disponible para su transmisión a los países con los que haya suscrito un tratado. Las autoridades competentes interesadas en el intercambio automático podrán acordar, de forma anticipada, el tipo de información que deseen intercambiar desde esta modalidad de intercambio.
- El intercambio espontáneo de información: La información es intercambiada de forma espontánea cuando una de las partes contratantes, habiendo obtenido información en el curso de la gestión de su propia legislación fiscal, y considerando que dicha información será de interés para los fines tributarios de la otra parte contratante, transmite la información, sin que este último Estado se la haya solicitado. Se dice que la eficacia de esta forma de intercambio de información depende en gran

medida de la habilidad de los inspectores fiscales de identificar, en el curso de una investigación, la información que pueda ser relevante para una administración fiscal extranjera. La autoridad competente de la parte contratante que provee la información de forma espontánea, debería solicitar información de retorno sobre los resultados obtenidos por la administración tributaria receptora, en la medida que de ello pueda resultar un ajuste fiscal para la parte contratante remitora de la información. Por ejemplo, la autoridad competente extranjera informada de manera espontánea del pago de comisiones a su residente, puede constatar que, de hecho, ninguna comisión fue realmente pagada y puede informar de este hecho a la contraparte que le suministró la información. Como resultado, la deducción del gasto por la comisión será denegada y la base imponible será ajustada de acuerdo con ello. La información de retorno de carácter positivo también proporciona un incentivo a los inspectores fiscales para continuar proporcionando información espontáneamente.²⁵¹

En Costa Rica, en cuanto a convenios de intercambio de información tributaria, Uckmar y Torrealba Navas, indican que existen dos etapas: en la primera aparece el caso aislado del Convenio de Intercambio de Información Tributaria con los Estados Unidos, aprobado por Ley 7194 de fecha 29 de agosto

²⁵¹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios. Página 7. Extraído de <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Manual%20OCDE.pdf> el 30/10/2014.

de 1990 y que entró en vigencia el 12 de febrero de 1991; mientras que en una segunda etapa, han sido incorporados al ordenamiento, una serie de convenios bilaterales de intercambio de información con varios países en un afán de cumplir con los requerimientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), esto en aras de sacar a Costa Rica de la llamada lista gris de jurisdicciones no cooperantes²⁵², estos Acuerdos son los suscritos con Argentina (Ley 9007), Australia (Ley 9075), Canadá (Ley 9045), Francia (Ley 9012), Holanda (Ley 9040) y México (Ley 9033), Suecia (Ley 9203), Groenlandia (Ley 9200), Dinamarca (Ley 9202), Finlandia (Ley 9197), Islandia (Ley 9196), Islas Feroe (Ley 9198) y Noruega (Ley 9201).

Adicionalmente, dentro de los tratados que ha suscrito el país, debe tomarse en cuenta el Convenio de Asistencia Mutua y Cooperación Técnica entre las Administraciones Tributarias y Aduaneras de Centroamérica, suscrito por los Gobiernos de El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica en 2006 y que entró en vigencia en el 2011 por medio de la Ley 8880. Este convenio fue firmado como parte de un largo programa que tiene dentro de sus objetivos la armonización tributaria y mecanismos de recaudación de ingresos tributarios.²⁵³

Finalmente, resta mencionar la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal ratificada mediante ley 9118, publicada el 5 de marzo de 2013:

²⁵² Uckmar, Víctor. y Torrealba, Adrián. Óp. cit., p 140.

²⁵³ Secretaría de Integración Económica Centroamericana. (2010). La Unión Aduanera Centroamericana. p. 4. Extraído de <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Convenio%20de%20Asistencia%20Mutua%20con%20centroamerica.pdf> el 23/12/2014.

“[...]La Convención, establece un marco multilateral integral para esta cooperación y complementa otras iniciativas, como el modelo de intercambio automático multilateral estandarizada desarrollada por la OCDE y los socios del G20 y los esfuerzos en marcha en la Unión Europea para mejorar el intercambio automático. El Convenio también prevé el espontáneo intercambio de información, exámenes simultáneos de impuestos y asistencia en la recaudación de impuestos. Una herramienta valiosa para los gobiernos para luchar contra la evasión offshore, la Convención también garantiza el cumplimiento de las leyes nacionales y respeta los derechos de los contribuyentes por proteger la confidencialidad de la información intercambiada”²⁵⁴

En el caso de Costa Rica, según se expuso, los acuerdos de intercambio de información responden en su mayoría al modelo OCDE. Se considera que el artículo 26 de este modelo es la guía y referente concreto respecto de la cooperación internacional a los fines de la determinación fiscal.

“En el art. 26 del citado Modelo se establece un principio general inspirado en la más amplia colaboración entre los Estados contratantes en la actividad de determinación, principio este que aparece limitado por los condicionamientos propios de la falta de homogeneidad de las organizaciones administrativas y fiscales de los distintos Estados.”²⁵⁵

²⁵⁴ *Chambra La Duke & Co. Convenio Multilateral de la OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal.* Extraído de <http://www.cambraladuke.com/portfolio/convenio-multilateral-de-la-ocde-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal/> el 23/12/2014.

²⁵⁵ Uckmar, Victor. y Torrealba, Adrián. *Óp. cit.*, p 109.

En este punto, es menester llamar la atención sobre las excepciones a las obligaciones impuestas en los tratados, muy relacionadas, precisamente, con el tema de la homogeneidad, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario, y en el artículo 7 del Modelo de Acuerdo.

“En primer lugar, se califica como no generadora de obligaciones al requerimiento de adopción de medidas o de acceso a informaciones particulares que significarían la derogación -o actuar contrariamente- a las leyes o la praxis administrativa de los Estados contratantes. En sustancia, un requerimiento de medidas tendientes a la determinación o investigación específicas, no resulta vinculante para el Estado destinatario de dicho requerimiento, no solo cuando su actuación signifique la violación de normas legales o de la praxis administrativa de dicho Estado, sino también cuando los actos objeto de dicha instancia sean contrarios a las leyes y prácticas administrativas del mismo Estado requirente.

La ratio de esta norma tiene sustento en que no es oportuno que las autoridades fiscales de un País obtengan de administraciones extranjeras el acceso a informaciones o la producción de actos que ellas mismas no podrían obtener en su territorio a causa de las limitaciones vigentes en su propio ordenamiento.

Asimismo, no se reconoce obligatoria la provisión de informaciones que podrían revelar secretos comerciales, de negocios, industriales, profesionales, de procesos comerciales o de aquellas cuya comunicación sería contraria al orden público.”²⁵⁶

²⁵⁶ *Ibid.* p 110.

En referencia a lo dicho es relevante hacer hincapié sobre dos aspectos.

El primero es que el Modelo OCDE parte de que el Estado requerido no está obligado a proporcionar al Estado requirente información que no podría recabar en virtud de su propia legislación interna, lo cual, según el modo de ver está relacionado tanto con el concepto mismo de orden público, así como con el principio de autonomía procedimental.

El principio de autonomía procedimental puede ser definido como aquel que permite a los Estados regular, valga la redundancia, los aspectos procedimentales con el objeto de dar contenido a las normas que aparecen en los Convenios²⁵⁷.

Si se entiende que el procedimiento viene siendo el que le da contenido a la norma; de forma que éste es al fin y al cabo la maquinaria que le permite o impide al Estado requerido el intercambio de información, se llega a la conclusión lógica de que para garantizar los derechos del administrado ese procedimiento debería, en tesis de principio, estar bien definido, lo que no sucede en cuanto al derecho de autodeterminación informativa, y específicamente, en cuanto al derecho de acceso.

Se ha abogado en consideración a lo anterior que el principio de autonomía procedimental resulta insuficiente para tutelar los derechos del contribuyente, precisamente, porque el procedimiento interno al cual se hace remisión (en

²⁵⁷García Pratz, Francisco A. (2001). *La Asistencia Mutua en Materia de Recaudación Tributaria*. Crónica Tributaria n° 101. p 3. Extraído de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_101_Prats.PDF el 02/01/2015.

cuanto a lo que interesa: el derecho de acceso) no está claramente definido en la legislación costarricense.

“ [...] la remisión al elenco de derechos que la normativa interna de cada Estado haya previsto para los obligados tributarios inmersos en tales procedimientos sobre la base del principio de autonomía procedimental resulta insuficiente, ya que no garantiza una plena homogeneidad de los derechos del contribuyente, por lo que resultaría conveniente la elaboración bien de instrumentos vinculantes (a nivel europeo) o de normas de derecho indicativo (a nivel internacional) que sirvieran para determinar el contenido mínimo de un catálogo básico que garantice los derechos del contribuyente en todo procedimiento de intercambio de información tributaria, siempre que no impidan o retrasen indebidamente el intercambio efectivo de información.”²⁵⁸

Al analizar este punto, resulta notorio el roce entre el principio de colaboración tributaria y principio de acceso a la información, lo que se ve agravado por la inexistencia de normativa concreta que haga referencia a los derechos de participación del administrado.

Como se ha venido mencionando, el derecho de acceso a la información permite al titular de los datos acceder a información que se encuentra en manos de terceros, siendo que de esta forma tiene la facultad de comunicarse con el

²⁵⁸ Merino, María. y Nocete, Francisco. El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses. Crónica Tributaria Núm. 139/2011 (139-163) p. 163. Extraído de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/139_Merino.PDF el 27/11/2014.

responsable de las bases de datos en aras de averiguar cuáles datos tiene y en qué estado, si están siendo objeto de tratamiento, la manera cómo fueron obtenidos los datos y quiénes han tenido acceso a ellos.

En este sentido, la legislación costarricense prevé el derecho al acceso, a título gratuito y determina que el titular podrá realizar las consultas mínimo cada seis meses, excepto que fundamente sus motivos y pruebas por los cuales considera que están siendo mermados sus derechos (esto rige, tanto para bases de datos públicas, así como privadas), sin embargo, no existe en la legislación costarricense, normativa que garantice el derecho de acceso en el caso específico de convenios de intercambio de información tributaria, y a la vez, suele pasarse por alto la Ley de Protección a la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales para estos supuestos.

La Administración Tributaria suele entender que este derecho de acceso se ve limitado, o suprimido, por el deber información, el cual como ya se expuso se deriva a su vez del deber de colaboración tributaria; entiende la Administración, que al tratarse de un fin público, una vez que el administrado ha suministrado la información, se tiene la libertad de tratar estos datos sin contemplación más que el secreto tributario, esto en el mejor de los casos.

Olvida la Administración que el deber de información no está aislado de las garantías establecidas constitucionalmente con el fin de evitar abusos de poder por parte del Estado.

Según nuestro entendimiento pese a que no existe una ley o reglamento específico que garantice el derecho de acceso en el contexto del intercambio de información tributaria, se debe partir del respeto a los derechos fundamentales, así como de las garantías establecidas en la normativa de orden legal, sea la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, esto en tanto dicha normativa no le impide a la Administración la realización normal de sus labores, solamente le permite al administrado saber que su información está siendo tratada y de esa forma tomar las previsiones que considere necesarias en el ejercicio de sus derechos.

Cabe en este punto delinear cuáles son las garantías a las que tiene derecho el administrado, según lo cual se puede manifestar que el procedimiento debe apegarse a lo siguiente:

- La limitación al fin fiscal: esto implica que la información recabada en virtud de este tipo de tratados solo puede ser utilizada para fines fiscales (fines que incluyen la persecución de delitos de esta naturaleza, pero en tesis de principio, no incluyen el uso de esta información para otro tipo de delitos), *“cuando el uso fuera distinto del anteriormente mencionado, la persona afectada podrá invocar la ilegalidad (82) ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado requirente, pudiendo exigir incluso la responsabilidad penal o administrativa del funcionario o agente que hubiese revelado los datos de forma indebida y/o por destinarse dicha información a fines distintos de los fiscales. Por último, otra de las*

consecuencias derivadas de la transgresión de los límites al intercambio, estriba en que el sujeto en cuestión podrá, asimismo, reclamar al Estado la responsabilidad patrimonial derivada del perjuicio (daño antijurídico) que, en otras circunstancias, no habría soportado.”²⁵⁹

En relación con este ítem, la Sala Constitucional costarricense ha manifestado que “[...]para efectos tributarios, [...] la norma no prohíbe el que se comparta información tributaria entre entes de administración tributaria, de tal forma que es válido autorizar controles cruzados con otros entes si son considerados administración tributaria, siempre y cuando la información sea utilizada únicamente para fines fiscales. Al igual que el Ministerio de Hacienda, las Municipalidades no pueden brindar esta información a terceros, pues en ese sentido sí les alcanzan las limitaciones que en aras de la protección al derecho a la intimidad impone la ley. Debe quedar claro que las Municipalidades no pueden revisar por sí los libros de contabilidad de las empresas de su territorio, sino únicamente confrontar la información recibida del obligado al tributo municipal en la declaración que rinda a la Corporación, con la que brindó a la Dirección General de Tributación Directa en cuanto al monto de los ingresos brutos, pues de lo contrario, se estaría lesionando la intención del legislador, contemplada en el artículo 24 citado, de facultar la revisión de libros de contabilidad sólo en los casos expresamente señalados en ella.”²⁶⁰

²⁵⁹ *Ibíd.* p. 161.

²⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1269-95 de las 15:48 horas del 7 de marzo de 1995. Extraído de <http://jurisprudencia.poder->

En este punto, se encuentra la particularidad, como se ha venido mencionando, de que, únicamente, la información que no haya sido coactivamente aportada por el contribuyente puede ser utilizada para dar sustento a procedimientos sancionatorios, o bien, procesos penales, o sea esa información podría ser compartida legítimamente en virtud del fin fiscal, únicamente, cuando haya sido recabada mediante las atribuciones con las que la ley faculta a la Administración para obtenerla por sus propios medios, sin apelar al deber de información del contribuyente, la afirmación anterior deriva de lo ya repasado sobre el derecho a la no autoincriminación en materia tributaria.

Además del fin fiscal, como referencia, se puede traer a colación el caso específico europeo, en el cual se habla de dos temas centrales (los cuales no dejan de tener cabida en el ámbito nacional en razón del Acuerdo de Asociación suscrito con Europa) por un lado, los principios generales comunitarios, puntualmente los principios de proporcionalidad y no discriminación; por otra parte, los derechos fundamentales plasmados en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la Unión Europea y en el CEDH.

En cuanto a los principios generales comunitarios:

- Principio de proporcionalidad: Este principio implica *“una medida apropiada para alcanzar un fin legítimo (la correcta aplicación del tributo), que dicha medida sea necesaria (esto es, que no pueda alcanzarse a través*

judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=81491&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/12/2014.

de otra medida menos gravosa para el contribuyente) y que la limitación que sufra el contribuyente en sus derechos y garantías a raíz de la intervención administrativa resulte proporcionada al fin perseguido (la lucha contra el fraude fiscal).”²⁶¹

- Principio de no discriminación: Este principio está íntimamente ligado al principio de proporcionalidad, la no discriminación se refiere a que “*no se puede establecer un tratamiento discriminatorio que perjudique a un concreto obligado tributario alegando, por ejemplo, la imposibilidad, por parte de una determinada Administración tributaria, de efectuar las comprobaciones e inspecciones fiscales oportunas. Precisamente la Directiva 77/799/CEE articula una serie de mecanismos que permiten obtener la información necesaria siguiendo un procedimiento análogo al que tiene lugar, a nivel interno, entre las distintas autoridades fiscales (86).”²⁶²*

Por otra parte en referencia a los derechos fundamentales, se observan:

El derecho de participación y defensa del obligado tributario: en este punto debe tenerse en cuenta que existe multiplicidad de normativa, dentro de esta es destacable en referencia a la protección de datos “*el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Directiva*

²⁶¹ Merino, María. y Nocete, Francisco. *El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses* Óp. cit. p. 162.

²⁶² Ídem.

95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (87).

A este respecto, en la medida en que el intercambio de información puede utilizarse para la obtención de pruebas, se puede vulnerar claramente el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo o derecho a no autoinculparse, que aparece recogido en el art. 6 CEDH.”²⁶³

En este sentido resulta necesario para la comprensión del tema tener presente que *“El artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario y el artículo 1 del Modelo del Acuerdo, permiten el intercambio de información en los casos concernientes a delitos fiscales. Pueden haber también – dependiendo de la naturaleza legal del sistema jurídico de las partes contratantes así como de los hechos y circunstancias de cada caso en particular – instrumentos legales alternativos que permitan el intercambio de información, cuando un requerimiento o investigación presenta aspectos penales y, en ciertas situaciones, los países pueden tener preferencia por utilizar tales instrumentos⁵. A diferencia del Convenio de la OCDE y el Consejo de Europa sobre Asistencia Mutua en Materia Tributaria, ni el artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario ni el Modelo de Acuerdo contienen una regla que limite su ámbito de aplicación dependiendo del estado de la investigación penal. Las autoridades competentes pueden, por tanto, solicitar información en base al artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario o en base al Modelo de Acuerdo*

²⁶³ Ídem.

incluso si un procedimiento por delito fiscal ha sido instruido contra el contribuyente, siempre y cuando la información es solicitada para los fines previstos en el artículo 26 o por el Modelo de Acuerdo [...].”²⁶⁴

Aunado a lo anterior, es importante tomar en cuenta que, según el modelo OCDE, el valor probatorio que se le dé a estos datos en los procesos jurisdiccionales o administrativos, será definido por la legislación del país requirente.²⁶⁵

Siendo que se trata del país requirente, no del país requerido, es importante recordar que en virtud del intercambio automático de información es posible suministrar declaraciones rendidas rutinariamente por los administrados, y que se permite utilizar estas declaraciones inclusive para fines penales, con tal de que la información solicitada sea requerida para los fines del artículo 26, por lo que se corre el riesgo de entregar información susceptible a ser utilizada como material probatorio en causas por delitos fiscales, cayendo, indudablemente, en un caso de autoincriminación, surgiendo así un problema práctico frente al cual el concepto de autonomía procedimental resulta insuficiente.

En adición a lo dicho, hay quienes afirman que las disposiciones del Modelo OCDE no resuelven cuestiones referentes a la tutela de la reserva y el secreto de oficio.

²⁶⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Óp. Cit., p 6.

²⁶⁵ Uckmar, Victor. y Torrealba, Adrián. Óp. cit., p 110.

El Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios entiende el secreto fiscal como *“las disposiciones del derecho nacional que garantizan que la información relativa a un contribuyente y a sus asuntos permanezca confidencial y la protección frente a la divulgación desautorizada”*, admite, a la vez, que este presupuesto resulta fundamental para la cooperación en materia de intercambio de información, se establece además como necesario que dicha información confidencial siga disfrutando de un nivel similar de protección cuando sea objeto de intercambio con otros países, y que cualquier información facilitada por una parte contratante debe ser tratada de manera confidencial, sin embargo, se parte del hecho de que la confidencialidad está garantizada por el instrumento de intercambio de información y por la legislación nacional aplicable en el país que la recibe y en ese entendido el suministro de información no puede ser rehusado argumentando que dicho intercambio podría contravenir las normas nacionales sobre secreto fiscal²⁶⁶.

De forma que *“Estableciendo la aplicación de la ley del Estado que recibe la información, no se garantiza plenamente la reserva del contribuyente sujeto a determinación, esto debido a que la ley del País requirente podría ser menos rígida y, por ende, dichos efectos podrían verificarse también en el Estado de procedencia de la información.”*²⁶⁷

Dentro del contexto del derecho a la autodeterminación informativa, y específicamente, en relación con el flujo transfronterizo de datos, el problema de

²⁶⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Óp. Cit., p14.

²⁶⁷ Uckmar, Victor. y Torrealba, Adrián. Óp. cit., p 110.

que se aplique la ley del país requirente una vez que los datos han sido objeto de intercambio, guarda relación directa con los principios de continuidad de la protección y equivalencia; cuya aplicación se podría ver limitada, ya que el modelo OCDE no prevé una reglamentación del derecho de intervención del contribuyente en el procedimiento de intercambio de información y de recíproca asistencia, como ya se ha mencionado. Sin embargo, se ha advertido también que esto no le impide al contribuyente sujeto a una investigación hacer valer sus derechos en el marco del procedimiento llevado a cabo por el Estado requerido en la fase de la adquisición de la información, así como posteriormente en la etapa de utilización de esa información por parte de la autoridad requirente²⁶⁸. En este sentido, se considera que aunque no existe un procedimiento específico, éste se debería integrar a partir del respeto a los derechos fundamentales, utilizando como instrumento la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

Continuando con el tema de las excepciones, es necesario hacer referencia al concepto de orden público, a razón de su oposición, según el modelo OCDE la parte requerida no estaría en la obligación de hacer entrega de la información solicitada por la parte requirente, según lo reconoce el mismo Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios de la OCDE, siendo esta excepción, sin embargo, muy limitada:

²⁶⁸ Ídem.

“El concepto de orden público es otro de los motivos en base al cual la parte requerida puede rehusar proveer la información hace²⁷. Los Comentarios al artículo 26 del Modelo de Convenio Tributario (párrafo 19. 5) y los Comentarios al artículo 7 del Modelo de Acuerdo (párrafo 91) desarrollan el significado este concepto. El “orden público” generalmente hace referencia a intereses vitales de un país, por ejemplo cuando la información solicitada hace mención a un secreto de Estado. Un caso análogo puede también surgir, por ejemplo, cuando una comprobación fiscal en otro país ha sido motivada por una persecución política o racial. Por tanto, en la práctica, esta restricción en raras ocasiones se presenta.”²⁶⁹

Por otra parte, así como el modelo OCDE establece claramente cuáles son las razones que podría un país requerido utilizar como fundamento para negarse a entregar la información solicitada, sean el principio de autonomía procedimental y el orden público, también establece lo que definitivamente no podrá utilizarse en ningún caso para respaldar la negativa al intercambio, dentro de este supuesto se encuentra como ya se ha adelantado el secreto fiscal, y de especial relevancia para los efectos de esta investigación, el secreto bancario:

“En la mayoría de los países los bancos y a las instituciones financieras similares deben proteger la confidencialidad de los asuntos financieros de sus clientes. Esta obligación (“secreto bancario”) puede no sólo proteger la información bancaria contra su divulgación a terceras partes, sino que también puede incidir en el acceso a dicha información por parte de las autoridades gubernamentales,

²⁶⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Óp. cit., p.16.

incluyendo las autoridades fiscales. Las prácticas de los países miembros de la OCDE se encuentran resumidas en el Informe "Mejorando el Acceso a la Información Bancaria con Fines Fiscales" (OCDE, 2000) y en un informe actualizado, emitido en el año 2003 (el "Informe de Progreso 2003").

*[...] Tanto el Modelo de Convenio Tributario como el Modelo de Acuerdo estipulan que el secreto bancario no puede ser alegado como motivo para declinar el suministro de información. Por tanto, las autoridades competentes de las partes contratantes necesitan tener la autoridad para acceder, directa o indirectamente, a través de un proceso judicial o administrativo, a la información conservada por bancos e instituciones financieras y de proveer tal información a la otra parte contratante.*²⁷⁰

En Costa Rica, anteriormente el acceso a la información en poder de entidades financieras, estaba sujeto a la exigencia de varios requisitos de manera que solo cumpliendo con estos podía la Administración Tributaria tener acceso a información bancaria, dentro de estos se encontraba la exigencia de i. Autorización judicial: la que debía otorgarse sobre la base de motivar suficientemente la existencia de indicios de que se había cometido un ilícito tributario, ii. Que se tratara de un sujeto que hubiese sido escogido para ser fiscalizado en aplicación de los criterios objetivos de selección reglamentariamente establecidos.

²⁷⁰ Ibid. p.17.

De esta forma, según indican Uckmar y Torrealba Navas, el intercambio de información con otras jurisdicciones se veía obstaculizado por dos elementos de la regulación: la autorización judicial ligada a indicios de ilícito tributario (al menos en la teoría, pues en la práctica esto no estaba planteando mayores problemas al ser “ilícito” el mero incumplimiento negligente de obligaciones tributarias); y el condicionamiento a que se tratara de un sujeto fiscalizado por la Administración Tributaria costarricense.

Si bien, exponen los autores, también, que el condicionamiento a una autorización judicial suscitó dudas por parte del Foro Global de la OCDE, era demostrable que en la práctica esto no había impedido ni retrasado sensiblemente el acceso de la Administración Tributaria a la información bancaria.

En ese sentido y en aras de cumplir con los requerimientos de la OCDE para salir de la lista gris, la Ley 7068, de Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, deroga el inciso e) y los 3 párrafos finales del artículo 106 CNPT, que es el que limitaba el suministro de la información bancaria y se sustituye por dos nuevos artículos, el 106 bis, denominado “Información en poder de entidades financieras”, y el 106 ter, denominado “Procedimiento para requerir información a las entidades financieras”. Especificándose que la información financiera, que incluye la bancaria, la del mercado de valores y de seguros, es tanto para la administración, cobro o verificación de cualquier gravamen, exención o remesa en Costa Rica, puede obtenerse, previa autorización judicial,

tanto para efectos de control tributario interno, como para efectos de cumplir con una solicitud de información conforme con un convenio internacional para evitar la doble tributación o cualquier otro convenio internacional de intercambio de información fiscal. En ambos supuestos se elimina el requisito relativo con la relación con un ilícito fiscal, bastando la previsible relevancia para el control tributario; si bien, en el primer supuesto se mantiene el requisito de que la información solo puede pedirse respecto de un contribuyente sujeto a fiscalización por parte de la Administración Tributaria, este no aplica respecto del segundo supuesto.²⁷¹

Para los efectos de esta investigación, resulta importante por ahora, dejar claro que se mantiene vigente el requisito de la autorización judicial, y que la Administración Tributaria solo puede solicitar dicha autorización en virtud de una solicitud de intercambio de información.

Una vez que han sido expuestas las particularidades del modelo OCDE, y los eventuales riesgos que podrían afectar el derecho a la autodeterminación informativa, según éste, es de especial interés estudiar el convenio suscrito con los Estados Unidos de América a la luz de las modificaciones introducidas en éste por la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA).

En tesis de principio, el artículo 2 de la Ley ratificante del Convenio suscrito con los Estados Unidos de América, confirma la prevalencia constitucional sobre los tratados, esto mediante una norma interpretativa

²⁷¹ Uckmar, Victor. y Torrealba, Adrián. Óp. cit., p 165.

introducida como resultado de la sentencia número 835-90 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, al conocer esta última en consulta legislativa de constitucionalidad del proyecto de ley de ratificación. La Sala entendió que no podían concederse potestades en materia de información tributaria mayores a las que podía ejercer la propia Administración tributaria costarricense.

Según la Sala *“El Convenio, especialmente en su artículo 2, párrafo 1, inciso e); artículo 4 párrafos 3, 4, 5 y 6 y artículo 5 párrafo 1 inciso b), y párrafo 2 inciso a), de ser aprobado pura y simplemente, violaría los artículos 24 párrafo 1, 36, 45 y 153 de la Carta Magna y, en consecuencia, sería inconstitucional[...]*No obstante, la redacción de esos artículos también permite rescatarlo desde el punto de vista constitucional, siempre y cuando en la ley que lo apruebe y, posteriormente, en el acto de ratificación del Poder Ejecutivo, se haga expresa reserva, o bien una declaración interpretativa del siguiente o equivalente tenor: *"La República de Costa Rica interpreta que ninguna de las disposiciones del presente Convenio confiere a las autoridades de los Estados Unidos de América medios de información ni potestades de ninguna especie, mayores que las que la Constitución y las leyes de Costa Rica otorgan a las autoridades nacionales respecto de los súbditos costarricenses para fines de investigación o de información tributarias; así como que esas potestades deben ejercerse siempre mediante los tribunales competentes de justicia del país.*

*Costa Rica ejercerá las suyas propias respetando esas mismas condiciones".*²⁷²

Sin embargo, contrario a lo que establece el artículo 2 de la ley ratificante, el 26 de noviembre de 2013 fue firmada la ya mencionada Foreign Account Tax Compliance Act, que incluye el intercambio automático de información, potestad que no es reconocida a la Administración Tributaria para acceder a la información en poder de las entidades financieras.²⁷³

Según la redacción del artículo 4 del Convenio dentro de la información susceptible a ser intercambiada, se entiende que ésta podrá ser utilizada para efectos determinativos, de recaudación y para eventuales delitos fiscales, a la vez, el texto prevé las tres formas de obtención de información, por requerimiento, espontánea o automática.

El ordinal 4,5 del Convenio establece que las leyes o prácticas del Estado requerido relacionadas con la divulgación de información bancaria, de apoderados o de personas que actúan en calidad de agentes o fiduciarios y las relativas a la propiedad de derechos en una persona jurídica no deberán afectar las facultades que se otorgan y que, en ese sentido, las autoridades competentes de los Estados deberán obtener y facilitar estos datos, no obstante, sus leyes y prácticas sobre divulgación de información.

²⁷² Resolución Número 835-90. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=82899&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

²⁷³ Uckmar, Victor. y Torrealba, Adrián. Óp. cit., p 140.

Lo anterior, es totalmente contrario al artículo 2 de la Ley ratificante: *“Mientras que el Convenio introduce una anti-blocking statutes clause –no se puede oponer el ordenamiento interno al cumplimiento de la obligación prevista en el Convenio-, como es además propio del Modelo EEUU, el artículo 2 de la Ley de ratificación –y la jurisprudencia de la Sala Constitucional que lo motivó-, señala que el intercambio de información se encuentra limitado por las potestades conferidas a la Administración tributaria costarricense.[...] el ordenamiento tributario interno impide, en cuanto a la información en poder de entidades financieras, tanto el intercambio automático como el espontáneo.”*²⁷⁴, esto por cuanto la Administración se encuentra sujeta a los requisitos que establece el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, especialmente a la autorización judicial.

La contradicción es tan notoria, que el caso de Costa Rica es utilizado como ejemplo para evidenciar la falta de ejecutoriedad que puede presentarse en estos casos:

*“En América Latina, por ejemplo, aún es necesario eliminar barreras en la mitad de los países de la región. De nada valdrá que un país firme la Convención Multilateral u otros instrumentos legales si es que las leyes domésticas no se ajustan a este instrumento supranacional para permitir el intercambio de la información bancaria, como ocurre en los casos de Costa Rica y Guatemala.”*²⁷⁵

²⁷⁴ *Ibíd.* p. 173.

²⁷⁵ Pecho Trigueros, Miguel E. (2014). “El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal Internacional Automatic exchange of information: towards a new global standard of tax transparency”. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho. N. 72-2014.* P 44. Extraído de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/9769/10180> el 07/01/2015.

Nótese la profundidad del problema ya que *“De acuerdo con esta Ley norteamericana, se requiere que las Instituciones Financieras Extranjeras (FFI, por sus siglas en inglés) actúen como agentes informadores para el Tesoro estadounidense respecto de las cuentas de propiedad calificada y control de estadounidenses, debiendo indicar el beneficiario actual de las cuentas, su número de identificación fiscal estadounidense y una dirección física a partir del 31 de diciembre, 2014. Las cuentas cerradas en 2014 también deberán ser reportadas [...] Para los años 2015 y 2016, serán reportados anualmente al Tesoro estadounidense los intereses y dividendos ganados depositados en las cuentas. A partir de 2017, también será reportado el ingreso bruto resultante de la venta de un activo que pudo producir otras rentas pasivas (i.e. intereses por ventas a plazos), si fue recibido a lo largo del tiempo.*

*Después de 2017, todo lo anterior será reportado anualmente al Tesoro estadounidense.”*²⁷⁶

Se entiende, entonces, que *“tanto las instituciones financieras, al cumplir con un acuerdo ilegal, como el Estado mismo, al suscribirlo y exigirlo, podrían estar incurriendo en distintas responsabilidades, empezando por la patrimonial a cargo de los clientes bancarios cuya información sea suministrada automáticamente.”*²⁷⁷

²⁷⁶ Uckmar, Víctor. y Torrealba, Adrián. Op. cit., p 173.

²⁷⁷ Ibid, 174.

Lo anterior, en relación con el derecho a la no autoincriminación, se ve agravado por el hecho de que el intercambio automático de información es utilizado con frecuencia no solo para fines meramente tributarios:

“Los datos también pueden ser usados transversalmente por otras agencias de gobierno para identificar, por ejemplo, posibles casos de lavado de dinero. Hay evidencia para países miembros de la OCDE de la utilidad que ha tenido el intercambio automático para identificar esquemas de este tipo en el sector inmobiliario. Sirve además de mecanismo de disuasión. Pueden usarse adecuadas estrategias de comunicación sobre el intercambio automático de información para transmitir mensajes claves a los contribuyentes y así concientizarlos.”²⁷⁸

Queda claro que en virtud de la frase “no obstante sus leyes y prácticas sobre divulgación de información” se desconoce por completo el principio de autonomía procedimental, y esto repercute en dos cuestiones principalmente: la primera en relación con lo estipulado por el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, y en segundo lugar a lo establecido por la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

Esta última establece como regla general para la transferencia de datos, que los responsables de las bases de datos, públicas o privadas, solo pueden transferir datos cuando el titular del derecho haya autorizado expresa y válidamente tal transferencia y el procedimiento se haga sin vulnerar los principios y derechos reconocidos en dicha ley.

²⁷⁸ Pecho Trigueros, Miguel E. Óp. cit; p. 37

A la vez en caso de cesión, se establece que las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, que tengan entre sus funciones la recolección, el almacenamiento y el uso de datos personales, pueden emitir un protocolo de actuación en el cual establecerán los pasos que deberán seguir en la recolección, el almacenamiento y el manejo de los datos personales de conformidad con lo establecido por la ley; la validez de estos protocolos está supeditada a su inscripción ante la Prodhab, la manipulación de datos con base en un protocolo de actuación inscrito ante la Prodhab hará presumir, “iuris tantum”, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley, para los efectos de autorizar la cesión de los datos contenidos en una base.

Queda claro entonces que tanto en el caso de transferencia, como en el caso de cesión, se establece que dichos procedimientos se deben realizar respetando los principios y derechos reconocidos en la ley.

En el caso específico de la información en poder de entidades financieras (contexto en el que, además interviene el secreto bancario), los datos pueden ser objeto de cesión, o bien, transferencia, únicamente cuando el titular dé su autorización, o bien, mediante el procedimiento que establece el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, según el cual se exige autorización judicial (autorización que como se mencionó, se otorga en virtud de una solicitud de intercambio de información.)

En este sentido, se entiende que el intercambio automático de información no es posible, según nuestra normativa interna, ya que los datos de las entidades

financieras no son obtenidos de forma rutinaria por la Administración Tributaria, sino que su acceso está sujeto a un procedimiento específico, por lo que no podría una Administración extranjera tener mayores potestades que la propia Administración Tributaria Costarricense, tal y como lo indicó oportunamente la Sala Constitucional.

Pese a que la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, establece que los principios y derechos contenidos en ese texto podrán ser limitados de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa, cuando se persigan entre otros fines la seguridad y el ejercicio de la autoridad pública y la eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales²⁷⁹, no consideramos que con base en este artículo se pueda entender como permitido el intercambio automático de información en el caso de datos provenientes de entidades financieras.

Por el contrario, se entiende que haciendo eco de la frase *“justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa”* todos los procedimientos de intercambio de información, deben garantizar los derechos de participación del obligado tributario, dentro de los cuales se encuentra el derecho de acceso y el principio de adecuación al fin (último que con diferentes énfasis se encuentra contemplado, tanto por nuestra legislación tributaria, así como la normativa referente a protección de datos.)

²⁷⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968*. Óp. cit; artículo 8.

Consideraciones similares han sido manifestadas por el Banco Central de Costa Rica en este sentido:

“Según el art. 2 de la Ley, la misma es de aplicación a los datos personales que figuren en bases de datos automatizadas o manuales, de organismos públicos o privados, y a toda modalidad de uso posterior de esos datos.

A los efectos de la información que remitirán las Instituciones Financieras al BCCR y al Ministerio de Hacienda, debe entenderse que dicha plataforma es una base de datos automatizada de un organismo público. [...]

El artículo 8 de la ley, establece que los principios, derechos y garantías de la ley pueden ser limitados de manera justa, razonable y acorde con el principio de transparencia administrativa, cuando se persigan lo siguientes fines:

- a. La seguridad del Estado.*
- b. La seguridad y el ejercicio de la autoridad pública.*
- c. Prevención y persecución de sanciones penales e infracciones de la deontología de las profesiones*
- d. Bases de datos con fines estadísticos, históricos o de investigación científica.*
- e. La adecuada prestación de servicios públicos.*

f. La eficaz actividad ordinaria de la Administración, por parte de las autoridades oficiales.

Der conformidad con lo anterior, **NO ES POSIBLE** interpretar que dichas excepciones sean de aplicación a la plataforma que está desarrollando el BCCR.[...]

Para materializar lo anterior, **se emitió la Circular 2966-2014** estableciendo la obligación para las Instituciones Financieras que deben remitir algún tipo de información relacionada con las cuentas de sus clientes en el marco de la Ley sobre el Cumplimiento Fiscal relativo a Cuentas en el Extranjero (“FATCA”), al cumplimiento de lo establecido en el artículo 615 del Código de Comercio así como a los principios previstos en la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley No. 8968, **específicamente en cuanto a que esos clientes autoricen expresamente y por escrito tanto a las Instituciones Financieras, como al Ministerio de Hacienda a transferir los datos de sus cuentas al IRS.**²⁸⁰

Además de lo dicho específicamente en cuanto al intercambio automático de información en el marco del FATCA, se considera que respecto de cualquier forma de intercambio de información, no deben excluirse de estos procedimientos los principios y garantías de la ley en cuanto a las condiciones en las que debe darse esa circulación de esos datos, especialmente, el respeto al fin tributario, así

²⁸⁰ Banco Central de Costa Rica. (2014). FATCA. *Ley de Cumplimiento Fiscal de las Cuentas en el Extranjero*. Extraído de http://www.bccr.fi.cr/fatca/Documentos/Presentacion_Contactos_Entidades_02122014.pptx el 08/01/2014.

como en general los principios y derechos que establece la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales.

A este respecto es oportuno hacer referencia a la normativa española, en la cual al igual que en la legislación costarricense, el concepto de dato personal está ligado a una persona identificada o identificable, en este entendido sobre una consulta realizada a la Agencia Española de Protección de Datos, entre otras cuestiones, sobre el número de identificación tributaria o NIF, en el supuesto de una cesión de datos entre la Administración Pública, ésta determinó que, según la ley española existe una prohibición expresa de cesión en el supuesto de que los datos sean utilizados para competencias distintas respecto de las cuales fueron recabados en un inicio:

“prohibición expresa de que los datos se comuniquen para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas a aquellas que motivaron la recogida de los datos, de modo que para que pueda procederse a la cesión descrita en la consulta sin el consentimiento de los interesados, la petición de datos formulada por el Ayuntamiento debería determinar con claridad que los datos se solicitan para el ejercicio de competencias sobre la misma materia, sin que en el escrito de consulta se especifique la finalidad a la que pretende destinar los datos el citado Ayuntamiento, siendo especialmente relevante a estos efectos que la cesión se amparase en el ejercicio de competencias tributarias, lo que parece muy probable si atendemos a que los datos cuya cesión

se solicita a la Diputación se refieren únicamente a los “contribuyentes” de la ciudad de Cuenca.”²⁸¹.

También, indica la Agencia que no es posible habilitar dicha cesión, siendo que ésta debería estar autorizada por una ley, para prescindir del requisito del consentimiento.

Se concluye así, que si bien es cierto, existen supuestos de cesión, o bien, transferencia de datos, en los cuales está inmerso un fin público, desde ningún supuesto se pueden obviar los derechos fundamentales que tienen su razón de ser en la protección que le brindan al administrado frente al poder del Estado, por lo que pese a que no existe una normativa específica en referencia al intercambio de información tributaria, en cuanto a los derechos de participación del obligado tributario, deberán integrarse estos lineamientos de protección partiendo de los derechos fundamentales, así como de la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, ajustando los procedimientos de cesión, o bien, transferencia de datos a los principios del derecho a la autodeterminación informativa, aunado a esto se entiende que en el caso transferencias internacionales de datos, se debería cumplir, además con los principios de continuidad de la protección y equivalencia, lo cual tiene especial incidencia en el tema probatorio relacionado con el derecho a la no autoincriminación.

²⁸¹ Agencia Española de Protección de Datos. Informe 0516/2008. Extraído de http://www.agpd.es/portaleswebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/comm on/pdfs/2008-0516_Cesi-oo-n-de-datos-tributarios-de-Diputaci-oo-n-a-Ayuntamiento.-Ley-Habilitante.pdf el 08/01/2015.

El intercambio automático de información en el caso específico de las entidades financieras, no está permitido por nuestra legislación, y a la vez, constituye una grave violación a la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, en cuanto a los principios y derechos que se deben garantizar en la cesión, o bien, transferencia de datos, problema que se ve agravado al tratarse el intercambio de información con otras jurisdicciones de una transferencia internacional de datos, tema que nuestra normativa toca de forma sumamente laxa, sobre lo cual se ahondará con posterioridad.

CAPÍTULO QUINTO. EL ACUERDO DE ASOCIACIÓN CENTROAMÉRICA – UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON LOS FLUJOS TRANSFRONTERIZOS DE DATOS.

Este acápite pretende detallar las particularidades que presenta el Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea, específicamente en referencia al flujo transfronterizo de datos personales, tema de especial incidencia dentro de la prestación de servicios financieros a través de las fronteras.

A la vez se pretende determinar si la Ley de Protección a la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales cumple con los estándares exigidos por el citado Acuerdo, y finalmente se desea proponer posibles soluciones a los problemas que puedan llegar a ser hallados.

SECCIÓN PRIMERA. CARACTERIZACIÓN DEL ACUERDO EN FLUJOS TRANSFRONTERIZOS.

El Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea y sus Estados miembros, fue suscrito en Tegucigalpa, Honduras, el 29 de junio de 2012, posteriormente aprobado por la Asamblea Legislativa mediante Ley N° 9154 del 03 de julio del 2013, y ratificado mediante decreto ejecutivo N° 37785 del 04 de julio del 2013 por Costa Rica.

“Entre la UE y los países centroamericanos Nicaragua, Honduras y Panamá el AACUE entró en vigor como era previsto el 1 de Agosto de 2013. La vigencia provisional de Costa Rica y El Salvador con la Unión Europea se realizó de forma

*atrasada dos meses después, el 1 de Octubre, por diferencias del contenido; y con Guatemala el 1 de Diciembre de 2013.*²⁸²

Según su texto, se consideraron especialmente para la firma del Acuerdo los lazos históricos, culturales, políticos, económicos y sociales que tradicionalmente han existido entre Centroamérica y la Unión Europea, a la vez, que se consideró también el desarrollo positivo de ambas regiones durante los dos últimos decenios.

Se recuerdan de igual forma los compromisos asumidos por Centroamérica en cuanto a la profundización de la integración económica regional; y el respeto de las partes contratantes sobre los principios democráticos y sobre los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Se entiende que el comercio y la inversión son esenciales para lograr el desarrollo económico y social, y la modernización e innovación tecnológica, en ese sentido, considerando que Centroamérica y la Unión Europea son mercados que históricamente se han complementado, el Acuerdo significa importantes oportunidades para la región.

Según lo anterior estas relaciones *“son parte importante su política comercial y significaran cambios importantes en las relaciones normativas entre ambas regiones, tanto en términos comerciales como también en los ámbitos de*

²⁸² El Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea. Extraído de <http://www.kas.de/costa-rica/es/pages/6207/> el 30/11/2014.

inversión y servicios, así como también en materia de diálogo político y cooperación para el desarrollo.”²⁸³

Se considera que de toda Centroamérica los aumentos de bienestar que traerá el Acuerdo están dominados por Costa Rica, “*principal socio comercial de la Unión Europea dentro del grupo*”.²⁸⁴

Al tener los países centroamericanos una política comercial que privilegia la geometría variable y, por ende, la apertura de terceros mercados para los productos de la subregión, se considera que está justificada una postura atenta y activa en el seguimiento a las negociaciones multilaterales, “*en tal sentido, las negociaciones con la Unión Europea son muy importantes, habida cuenta que es una fuente importante de bienes de capital, y el destino de una décima parte de las exportaciones totales del grupo*”.²⁸⁵

El Acuerdo, además de estipular, como se da por sentado, disposiciones de índole comercial, incluye disposiciones referentes a Derechos Humanos, garantías laborales y medio ambiente, esto comulga con la idea de que estos factores son claves para fomentar el desarrollo sostenible:

“El Acuerdo de Asociación se fundamenta en tres pilares: diálogo político, cooperación y comercio. La parte comercial integral de este Acuerdo abrirá los

²⁸³ Duran, J. y Ludeña, C. (2008). *Acuerdo de Asociación Centroamérica – Unión Europea: Evaluación utilizando Equilibrio General Computable y Equilibrio Parcial*. p 7. Extraído de http://www.researchgate.net/publication/266882475_Acuerdo_de_Asociacin_Centroamrica_Unin_Europea_Evaluacin_utilizando_Equilibrio_General_Computable_y_Equilibrio_Parcial el 29/11/2014.

²⁸⁴ *Ibíd.* p 8.

²⁸⁵ *Ibíd.* p 13.

mercados a los bienes, la contratación pública, los servicios y la inversión en ambas partes. Aumentará los beneficios para los consumidores y contribuirá a la creación de un entorno empresarial y de inversión estable mediante el establecimiento de una serie de normas comerciales previsibles y aplicables que, en muchos casos, irán más allá de los compromisos acordados en el marco de la OMC.

Los beneficios de este Acuerdo aumentarán el alcance de las relaciones comerciales entre ambas regiones –por valor de 12 mil millones de euros.

Asimismo, reforzará la integración económica regional en América Central, y la UE espera que ejerza un efecto indirecto en el proceso global de integración política y que contribuya a la estabilidad de la región. Además, la parte comercial del Acuerdo incluye disposiciones de largo alcance que garantizan la protección de los derechos humanos, así como compromisos sobre derechos laborales y protección medioambiental que favorecerán el fomento del desarrollo sostenible.”²⁸⁶

El Acuerdo plantea además servicios y compromisos de establecimiento “*el Acuerdo abrirá los mercados a las empresas de la UE que se establezcan en distintos sectores de América Central, como servicios de telecomunicaciones, medioambientales, financieros y marítimos. Los demás compromisos incluyen servicios transfronterizos, sectores de inversión y sectores ajenos a los servicios,*

²⁸⁶ Comisión Europea. (2012). *UE- Centroamérica: relaciones comerciales en el marco del Acuerdo de Asociación*. p 1. Extraído de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/november/tradoc_150037.pdf el 27/11/2014.

*además de profesionales relevantes, licenciados y proveedores de servicios a la empresa.*²⁸⁷

Lo dicho, específicamente, en lo referente a servicios financieros, resulta de gran interés para los efectos de esta investigación.

De forma preliminar hay varios aspectos que deben tomarse en cuenta en este punto, uno de ellos es lo establecido por el Acuerdo en materia de datos personales.

Según el artículo 34 del texto, es una obligación de las partes cooperar para mejorar el nivel de protección de los datos personales hacia los más altos estándares internacionales, y trabajar en aras de la libre circulación de datos personales entre las Partes, teniendo en cuenta sus legislaciones internas²⁸⁸. En este sentido, se entiende que Costa Rica debe contar con una legislación con un “nivel de protección adecuado” para dar efectivo cumplimiento al acuerdo.

Según el Acuerdo cada Parte, de conformidad con su legislación respectiva, está en la obligación de asegurar la confidencialidad de las telecomunicaciones y

²⁸⁷ *Ibíd.* p 6.

²⁸⁸ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154. Acuerdo que establece asociación entre Centroamérica y la Unión Europea y sus Estados miembros.* La Gaceta 11 de julio del 2013. ARTÍCULO 34

Protección de datos personales

1. Las Partes acuerdan cooperar para mejorar el nivel de protección de los datos personales hacia los más altos estándares internacionales, tales como las Directrices para la Regulación de los Archivos de Datos Personales Informatizados, modificadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, y trabajar en aras de la libre circulación de datos personales entre las Partes, teniendo en cuenta sus legislaciones internas.

2. La cooperación en materia de protección de datos personales podrá incluir, entre otras cosas, asistencia técnica en forma de intercambio de información y conocimientos especializados teniendo en cuenta las leyes y los reglamentos de las Partes.

de los datos de tráfico relacionados²⁸⁹; dentro del concepto de datos de tráfico relacionados, resulta evidente que se entienden incluidos los datos de carácter personal, así como datos derivados de transacciones originadas de servicios financieros.

Específicamente, sobre los servicios financieros, los cuales deben entenderse como “cualquier servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de una Parte”²⁹⁰ el Acuerdo permite a un

²⁸⁹ ARTÍCULO 192

Confidencialidad de la información

Cada Parte, de conformidad con su legislación respectiva, asegurará la confidencialidad de las telecomunicaciones y de los datos de tráfico relacionados, por medio de una red pública de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones disponibles al público, sin perjuicio del requisito de que tales medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable, o bien una restricción encubierta al comercio de servicios.

²⁹⁰ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154*. Óp. Cit. Artículo 194.

ARTÍCULO 194

Ámbito de aplicación y definiciones

1. La presente sección establece los principios del marco regulatorio para todos los servicios financieros comprometidos en las listas de compromisos, de conformidad con los capítulos 2, 3 y 4 del presente título.

2. A efectos del presente capítulo y de los capítulos 2, 3 y 4 del presente título:

a) "servicio financiero" significa cualquier servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de una Parte. Los servicios financieros incluyen las siguientes actividades:

A. Servicios de seguros y relacionados con seguros:

1. seguros directos (incluido el coaseguro):

a) seguros de vida;

b) seguros distintos de los de vida;

2. reaseguros y retrocesión;

3. actividades de intermediación de seguros, por ejemplo las de los corredores y agentes de seguros;

y

4. servicios auxiliares de los seguros, por ejemplo los de consultores, actuarios, evaluación de riesgos e indemnización de siniestros.

B. Servicios bancarios y demás servicios financieros (excluidos los seguros):

1. aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables del público;

2. préstamos de todo tipo, con inclusión de créditos personales, créditos hipotecarios, factoring y financiación de transacciones comerciales;

3. servicios de arrendamiento financiero;

4. todos los servicios de pago y transferencia monetaria, con inclusión de tarjetas de crédito y de débito, cheques de viaje y giros bancarios;

5. garantías y compromisos;

6. intercambio comercial por cuenta propia o de clientes, ya sea en una bolsa, en un mercado extrabursátil o de otro modo, de lo siguiente:

a) instrumentos del mercado monetario (incluidos cheques, letras y certificados de depósito);

proveedor de servicios financieros de la otra Parte transferir información por vía electrónica o en otra forma, dentro o fuera de su territorio, para el procesamiento de datos, cuando dicho procesamiento sea necesario en las actividades ordinarias de negocios del proveedor de servicios financieros, esto entendiendo que cada Parte adoptará o mantendrá salvaguardias adecuadas para la protección de la

-
- b) divisas;
 - c) productos derivados, incluidos, aunque no exclusivamente, futuros y opciones;
 - d) instrumentos de los mercados cambiario y monetario, por ejemplo, swaps y acuerdos a plazo sobre tipos de interés;
 - e) valores transferibles;
 - f) otros instrumentos y activos financieros negociables, metal inclusive;
7. participación en emisiones de toda clase de valores, con inclusión de la suscripción y colocación como agentes (pública o privadamente) y el suministro de servicios relacionados con esas emisiones;
 8. corretaje de cambios;
 9. administración de activos, por ejemplo, administración de fondos en efectivo o de carteras de valores, gestión de inversiones colectivas en todas sus formas, administración de fondos de pensiones, servicios de depósito y custodia, y servicios fiduciarios;
 10. servicios de pago y compensación respecto de activos financieros, con inclusión de valores, productos derivados y otros instrumentos negociables;
 11. suministro y transferencia de información financiera, así como procesamiento de datos financieros y soporte lógico (software) con ellos relacionado por proveedores de otros servicios financieros; y
 12. servicios de asesoramiento e intermediación y otros servicios financieros auxiliares respecto de cualesquiera de las actividades enumeradas en los puntos 1 a 11, con inclusión de informes y análisis de crédito, estudios y asesoramiento sobre inversiones y carteras de valores, y asesoramiento sobre adquisiciones y sobre reestructuración y estrategia de las empresas;
- b) "proveedor de servicios financieros" significa toda persona natural o jurídica de una Parte que desea suministrar o suministra servicios financieros; el término "proveedor de servicios financieros" no incluye las entidades públicas;
 - c) "entidad pública" significa:
 - i) un gobierno, un banco central o una autoridad monetaria de una Parte, o una entidad que sea propiedad o esté bajo el control de una Parte, que se dedique principalmente a desempeñar funciones gubernamentales o realizar actividades para fines gubernamentales, con exclusión de las entidades dedicadas principalmente al suministro de servicios financieros en condiciones comerciales; o
 - ii) una entidad privada que desempeñe las funciones normalmente desempeñadas por un banco central o una autoridad monetaria, mientras ejerza esas funciones;
 - d) "nuevo servicio financiero" significa un servicio financiero no suministrado en el territorio de la Parte, pero suministrado en el territorio de la otra Parte, e incluye cualquier nueva forma de suministro de un servicio financiero o la venta de un producto financiero no vendido en el territorio de la Parte.

privacidad, así como de los derechos fundamentales y las libertades individuales, en particular con respecto de la transferencia de datos personales.²⁹¹

El Acuerdo establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de exigir a una Parte que revele información relativa a los negocios y cuentas de clientes individuales ni cualquier información confidencial o de dominio privado en poder de entidades públicas.²⁹²

Sin embargo, se establece, también, que cada parte tiene la obligación de hacer sus mejores esfuerzos para implementar y aplicar en su territorio los “estándares internacionalmente aceptados” para la regulación y la supervisión en el sector de los servicios financieros, para la lucha contra el lavado de dinero u

²⁹¹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154*. Op. Cit Artículo 198.

ARTÍCULO 198

Procesamiento de datos

1. Cada Parte permitirá a un proveedor de servicios financieros de la otra Parte transferir información por vía electrónica o en otra forma, dentro o fuera de su territorio, para el procesamiento de datos, cuando dicho procesamiento sea necesario en las actividades ordinarias de negocios del proveedor de servicios financieros²⁶.

²⁶ *Para mayor certeza, la obligación que figura en el presente artículo no se considerará un compromiso específico con arreglo al artículo 194, apartado 2, letra a).*

2. Cada Parte adoptará o mantendrá salvaguardias adecuadas para la protección de la privacidad, así como de los derechos fundamentales y las libertades individuales, en particular con respecto a la transferencia de datos personales.

²⁹² Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154*. Op. Cit Artículo 195.

ARTÍCULO 195

Medidas prudenciales

1. Cada Parte podrá adoptar o mantener medidas por razones prudenciales, tales como:

a) la protección de inversionistas, depositantes, usuarios del mercado financiero, tenedores o beneficiarios de pólizas o personas acreedoras de obligaciones fiduciarias a cargo de un proveedor de servicios financieros;

b) el mantenimiento de la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de proveedores de servicios financieros; y

c) el aseguramiento de la integridad y estabilidad del sistema financiero de una Parte.

2. Cuando esas medidas no sean conformes con las disposiciones del presente capítulo, no se utilizarán como medio para eludir los compromisos u obligaciones contraídos por las Partes en virtud del presente capítulo.

3. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de exigir a una Parte que revele información relativa a los negocios y cuentas de clientes individuales ni cualquier información confidencial o de dominio privado en poder de entidades públicas.

otros activos, contra el terrorismo financiero y contra la evasión o la elusión fiscal.²⁹³

Ligado a lo anterior, sobre el comercio electrónico, se establece expresamente que se reconoce que el desarrollo de éste deberá ser compatible con los estándares internacionales de protección de datos, y parte de la relevancia de este tema en específico es que de esta forma se asegura la confianza de los usuarios del comercio electrónico.²⁹⁴

Se debe entender que sin perjuicio de que las medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta al establecimiento o suministro transfronterizo de servicios, ninguna

²⁹³ Efectividad y transparencia de la regulación

1. Cada Parte realizará sus mejores esfuerzos para suministrar con antelación, a todas las personas interesadas, cualquier medida de aplicación general que la Parte proponga adoptar para que tales personas puedan formular observaciones sobre la medida. Dicha medida se suministrará:

- a) por medio de una publicación oficial; o
- b) a través de algún otro medio escrito o electrónico.

2. Cada Parte pondrá a disposición de las personas interesadas sus requisitos para completar las solicitudes relativas al suministro de servicios financieros.

A petición de un solicitante, la Parte involucrada le informará sobre el estado de su solicitud. Si la Parte afectada requiere información adicional del solicitante, le notificará sin demora injustificada.

3. Cada Parte hará sus mejores esfuerzos para implementar y aplicar en su territorio los estándares internacionalmente aceptados para la regulación y la supervisión en el sector de los servicios financieros, para la lucha contra el lavado de dinero u otros activos, contra el terrorismo financiero y contra la evasión o la elusión fiscal.

²⁹⁴ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154*. Op. Cit Artículo 201.

ARTÍCULO 201

Objetivo y principios

1. Las Partes, reconociendo que el comercio electrónico incrementa las oportunidades comerciales en muchos sectores, acuerdan promover el desarrollo del comercio electrónico entre ellas, en particular cooperando en los temas relacionados con el comercio electrónico de conformidad con las disposiciones del presente título.

2. Las Partes reconocen que el desarrollo del comercio electrónico deberá ser compatible con los estándares internacionales de protección de datos, con miras a asegurar la confianza de los usuarios del comercio electrónico.

3. Las Partes acuerdan no imponer aranceles aduaneros a las transmisiones electrónicas

disposición debe interpretarse en el sentido que impida que una Parte adopte o haga cumplir medidas que sean, entre otras cosas, necesarias para lograr la observancia de las leyes o regulaciones que no sean incompatibles con el acuerdo, incluidas aquellas medidas que refieren a la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales, así como la protección del carácter confidencial de los registros y las cuentas individuales.²⁹⁵

²⁹⁵ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154*. Op. Cit Artículo 203.

ARTÍCULO 203

Excepciones generales

1. Sin perjuicio de que las medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre las Partes en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta al establecimiento o suministro transfronterizo de servicios, ninguna disposición del presente título se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o haga cumplir medidas que sean:

- a) necesarias para proteger la seguridad pública o la moral pública o para mantener el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal;
- c) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, si dichas medidas son aplicadas conjuntamente con restricciones sobre inversionistas nacionales o sobre proveedores nacionales o sobre el consumo de servicios;
- d) necesarias para la protección de tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
- e) necesarias para lograr la observancia de las leyes o regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones del presente título, incluidas aquellas relativas a:
 - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios para hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos;
 - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales, así como la protección del carácter confidencial de los registros y las cuentas individuales;
 - iii) la seguridad;
- f) incompatibles con los artículos 165 y 171 del presente título, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativas o efectivas de impuestos directos respecto de actividades económicas, inversionistas, servicios o proveedores de servicios de la otra Parte.

²⁹ *Entre las medidas que tienen por objeto garantizar la imposición o recaudación equitativas o efectivas de impuestos directos están comprendidas las medidas adoptadas por una Parte en virtud de su régimen fiscal que:*

- a) *se aplican a los inversionistas y proveedores de servicios no residentes en reconocimiento del hecho de que la obligación fiscal de los no residentes se determina con respecto a las partidas imponibles cuya fuente o emplazamiento se hallan en el territorio de la Parte; o*
- b) *se aplican a los no residentes con el fin de garantizar la imposición o recaudación de impuestos en el territorio de la Parte; o*

De lo anterior, es posible concluir que aunque el Acuerdo no refiere expresamente de flujo transfronterizo de datos, lo hace con claridad de forma indirecta, ya que dentro del suministro transfronterizo de servicios se entiende, sin lugar a dudas, que están incluidos los servicios financieros, para el desarrollo de los cuales existe la obligación de las partes de mantener las salvaguardias adecuadas para la protección de la privacidad, así como de los derechos fundamentales y las libertades individuales, en particular con respecto de la transferencia de datos personales; entendiendo, además, que la obligación de implementar y aplicar estándares internacionalmente aceptados para la regulación y la supervisión en el sector de los servicios financieros, para la lucha contra el lavado de dinero u otros activos, contra el terrorismo financiero y contra la evasión o la elusión fiscal, no puede ser interpretada en el sentido de exigir a una Parte que revele información relativa a los negocios y cuentas de clientes

c) se aplican a los no residentes o a los residentes con el fin de prevenir la elusión o evasión de impuestos, con inclusión de medidas de cumplimiento; o

d) se aplican a los consumidores de servicios suministrados en o desde el territorio de otra Parte con el fin de garantizar la imposición o recaudación, con respecto a tales consumidores, de impuestos derivados de fuentes que se hallan en el territorio de la Parte; o

e) establecen una distinción entre los inversionistas y los proveedores de servicios sujetos a impuestos sobre partidas imponibles en todos los países, y otros inversionistas y proveedores de servicios, en reconocimiento de la diferencia existente entre ellos en cuanto a la naturaleza de la base impositiva; o

f) determinan, asignan o reparten ingresos, beneficios, ganancias, pérdidas, deducciones o créditos de personas residentes o sucursales, o entre personas vinculadas o sucursales de la misma persona, con el fin de salvaguardar la base impositiva de la Parte.

Los términos o conceptos fiscales que figuran en la letra f) de la presente disposición y en la presente nota de pie de página se determinan según las definiciones y conceptos fiscales, o las definiciones y conceptos equivalentes o similares, con arreglo a la legislación nacional de la Parte que adopte la medida.

2. Las disposiciones del presente título y de los correspondientes anexos sobre listas de compromisos no se aplicarán a los respectivos sistemas de seguridad social de las Partes o a las actividades en el territorio de cada Parte, que estén relacionadas, aún ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad oficial.”

individuales ni cualquier información confidencial o de dominio privado en poder de entidades públicas.

SECCIÓN SEGUNDA. COSTA RICA Y EL CUMPLIMIENTO ACTUAL DEL ACUERDO EN EL TEMA DE FLUJOS TRANSFRONTERIZOS.

Según la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, dicho texto es de orden público y tiene como objetivo garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto de sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes.²⁹⁶

La ley establece una regla general para la transferencia de datos personales, mas no contiene una regla concreta en relación con la transferencia internacional de datos, esta regla manifiesta que los responsables de las bases de datos, públicas o privadas, solo podrán transferir datos contenidos en ellas cuando el titular del derecho haya autorizado expresa y válidamente tal transferencia y se haga sin vulnerar los principios y derechos reconocidos en la ley.

²⁹⁶ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 8968*. Op. Cit., Artículo 1.

ARTÍCULO 1.- Objetivo y fin

Esta ley es de orden público y tiene como objetivo garantizar a cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, residencia o domicilio, el respeto a sus derechos fundamentales, concretamente, su derecho a la autodeterminación informativa en relación con su vida o actividad privada y demás derechos de la personalidad, así como la defensa de su libertad e igualdad con respecto al tratamiento automatizado o manual de los datos correspondientes a su persona o bienes.

Sin embargo, el ordinal referente a faltas gravísimas establece que se considera como tal transferir a las bases de datos de terceros países, información de carácter personal de los costarricenses o de los extranjeros radicados en el país, sin el consentimiento de sus titulares²⁹⁷; por lo que el cuerpo normativo toca de manera indirecta el tema del flujo transfronterizo de datos, de modo que podría interpretarse que la regla “general” aplicable a la transferencia, regula también la “especie” que vendría siendo la transferencia internacional.

Por su parte, el Reglamento a la Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales (N° 37554-JP), establece una serie de requisitos adicionales sobre la transferencia²⁹⁸, sin embargo, se entiende que “una

²⁹⁷ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 8968*. Op. Cit., Artículo 31.

ARTÍCULO 31.- Faltas gravísimas

Serán consideradas faltas gravísimas, para los efectos de esta ley:

- a) Recolectar, almacenar, transmitir o de cualquier otra forma emplear, por parte de personas físicas o jurídicas privadas, datos sensibles, según la definición prevista en el artículo 3 de esta ley.
- b) Obtener, de los titulares o de terceros, datos personales de una persona por medio de engaño, violencia o amenaza.
- c) Revelar información registrada en una base de datos personales cuyo secreto esté obligado a guardar conforme la ley.
- d) Proporcionar a un tercero información falsa o distinta contenida en un archivo de datos, con conocimiento de ello.
- e) Realizar tratamiento de datos personales sin encontrarse debidamente inscrito ante la Prodhab, en el caso de los responsables de bases de datos cubiertos por el artículo 21 de esta ley.
- f) Transferir, a las bases de datos de terceros países, información de carácter personal de los costarricenses o de los extranjeros radicados en el país, sin el consentimiento de sus titulares.

²⁹⁸ Poder Ejecutivo. Decreto Ejecutivo 37554-JP. Op. Cit., Artículo 40, 41, 42 y 43.

Artículo 40. Condiciones para la transferencia. La transferencia implica la comercialización de datos personales por parte, única y exclusivamente, del responsable que transfiere al responsable receptor de los datos personales. Dicha transferencia de datos personales requerirá siempre del consentimiento expreso e informado del titular, salvo disposición legal en contrario, asimismo que los datos a transferir hayan sido recabados o recolectados de forma lícita y según los criterios que la Ley y el presente Reglamento disponen.

Toda venta de datos del fichero o de la base de datos, parcial o total, deberá reunir los requerimientos establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 41. Cumplimiento de los protocolos mínimos de actuación. Las transferencias de datos personales por parte de los responsables, estarán supeditadas al fiel cumplimiento de los protocolos mínimos de actuación, debidamente inscritos ante la Agencia.

Artículo 42. Carga de la prueba. Para efectos de demostrar que la transferencia de datos personales se realizó conforme a la Ley y el presente Reglamento, la carga de la prueba recaerá en el responsable.

transferencia implica la comercialización de datos personales por parte, única y exclusivamente, del responsable que transfiere al responsable receptor de los datos personales” dejando aparentemente fuera de la regulación las transferencias de datos que no formen parte de una transacción comercial propiamente dicha, como podrían ser, por ejemplo, las transferencias practicadas en el contexto de un acuerdo de intercambio de información tributaria, o bien, las transacciones que realizan las entidades financieras o proveedores de servicios financieros, en el contexto de su actividad habitual.

Según se expuso previamente, de conformidad con el Acuerdo es una obligación de las partes cooperar para mejorar el nivel de protección de los datos personales hacia los más “altos estándares internacionales”, se entiende que estos implican una serie de principios y garantías específicas, ya que como se ha mencionado con ahínco, el flujo transfronterizo de datos personales no puede significar una disminución en el grado de protección de la persona.

En este sentido, los acuerdos sobre intercambio de información tributaria, y por ende, la normas insertas en estos que recaen sobre entidades financieras, deberían en tesis de principio resultar contestes con los principios comunitarios europeos, y además con los derechos fundamentales que se desprenden de la normativa y jurisprudencia emitida por la Unión Europea (dentro de la cual se debe considerar, tanto la jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en referencia al tratamiento de derecho a la no

Artículo 43. Contrato para la transferencia de datos. El responsable de la transferencia de datos personales deberá establecer un contrato con el responsable receptor, en el que se prevean, al menos las mismas obligaciones a las que se encuentra sujeto el responsable de la transferencia de dichos datos

autoincriminación en materia tributaria, así como la diferente normativa a la cual se hecho referencia a lo largo de esta investigación sobre la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y muy específicamente, sobre los principios de continuidad de la protección y equivalencia, en el caso concreto del flujo transfronterizo de datos personales).

En este punto, vale, entonces, la pena reflexionar sobre los principios generales del flujo transfronterizo, a saber, el principio de continuidad de la protección (la transferencia internacional de datos no debe afectar la protección) y el principio de equivalencia (el país receptor de datos debe contar con garantías equivalentes a las que ofrece el país transmisor); en este sentido, se puede decir que nuestra ley pese a cumplir con muchos de los requisitos para ser considerada como una legislación con un “*nivel de protección adecuado*”, no puede optar por esta condición al colocarse bajo estudio lo referente al flujo transfronterizo de datos, una de las mayores preocupaciones en el contexto actual.

Cabe, entonces, preguntarse, si las transferencias de datos personales provenientes de Europa estarían cubiertas en términos generales por una “legislación adecuada” equiparable a los más altos estándares internacionales.

Lo anterior, considerando que el Acuerdo establece que se le permite a un proveedor de servicios financieros de la otra Parte transferir información por vía electrónica o en otra forma, dentro o fuera de su territorio, entendiéndose que se adoptarán o mantendrán salvaguardias adecuadas para la protección de la privacidad, así como de los derechos fundamentales y las libertades individuales,

en particular con respecto de la transferencia de datos personales, ¿cubre la legislación costarricense estos supuestos?

En referencia a lo dicho, se llama la atención nuevamente sobre el artículo 13 de la ley, que establece, como ya se dijo, que la transferencia de datos personales será considerada una falta gravísima cuando se trate de datos de *“costarricenses o de los extranjeros radicados en el país, sin el consentimiento de sus titulares”* por lo que aun haciendo el esfuerzo de interpretar que en esta norma el tema se encuentra regulado indirectamente, no se verían protegidos los datos provenientes de Europa de quienes no sean costarricenses, o bien, europeos radicados en Costa Rica, en una aparente contradicción con el artículo primero de la ley que establece que la protección opera indiferentemente de la nacionalidad, la residencia o domicilio, y rozando de primera entrada con el principio comunitario de no discriminación, el que como ya se dijo, a falta de un catálogo preestablecido, debe considerarse una guía en resguardo a las garantías de los administrados.

Pese a que la legislación costarricense contempla multiplicidad de derechos y garantías, esta legislación no asegura fehacientemente que los datos transferidos desde Costa Rica hacia otro país cumplan, una vez fuera de nuestro territorio, con los principios de continuidad de la protección y equivalencia; íntimamente ligado con lo dicho, en el contexto de un Acuerdo de intercambio de información tributaria, el principio de autonomía procedimental no garantiza que una vez que los datos han salido de nuestras fronteras vayan a ser sujetos de estándares mínimos, debido a que no existe ni siquiera un Reglamento que

establezca el derecho de intervención del contribuyente en el procedimiento de intercambio de información con otras jurisdicciones, todo esto se agrava aún más, tomando en consideración la preocupación -fundamentada- de Europa sobre el posible espionaje realizado por Estados Unidos de América sobre datos financieros de ciudadanos europeos haciendo uso de acuerdos concebidos para fines totalmente distintos respecto de los practicados.

SECCIÓN TERCERA. ¿CÓMO SE VERÍA UNA REGULACIÓN COMPLETA SOBRE FLUJOS TRANSFRONTERIZOS?

La necesidad de proteger los datos personales contrasta (usualmente) con los intereses de las empresas y del comercio, quienes ven la información como un activo importante y es por ello que para evitar abusos, los países han procurado o están procurando garantizar a través de sus leyes que no se violenten estos derechos cuando se den transferencias internacionales.

Para determinar cómo debe ser la legislación costarricense con el fin de cumplir con un nivel adecuado de protección de datos personales, lo referente a la transferencia internacional debe ser reformada.

En esta sección, se describirá brevemente cómo se regula el tema de flujos transfronterizos en el Derecho Comparado para finalizar estableciendo cómo debe ser la reforma a la normativa actual costarricense.

SUBSECCIÓN PRIMERA. DERECHO COMPARADO

ESPAÑA²⁹⁹

España es de los países que se encuentran más avanzados en materia de protección de datos personales. Su regulación en cuanto al tema se encuentra en los artículos 33³⁰⁰ y 34³⁰¹ de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de

²⁹⁹ La información de esta sección está basada en la suministrada por la Agencia Española de Protección de Datos en su página oficial.

³⁰⁰ Artículo 33. Norma general.

1. No podrán realizarse transferencias temporales ni definitivas de datos de carácter personal que hayan sido objeto de tratamiento o hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la presente Ley, salvo que, además de haberse observado lo dispuesto en ésta, se obtenga autorización previa

protección de datos de carácter personal (LOPD) y en el Título VI del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, (RLOPD).

Cuando se pretenden realizar transferencias internacionales de datos, es necesaria la Autorización previa del Director(a) de la Agencia Española de Protección de Datos, con excepción que se ampare en alguno de los supuestos previstos en el artículo 34 de la Ley Orgánica o cuando el Estado en el que se encuentre el importador ofrezca un nivel adecuado de protección, lo cual aun así

del Director de la Agencia de Protección de Datos, que sólo podrá otorgarla si se obtienen garantías adecuadas.

2. El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país de destino se evaluará por la Agencia de Protección de Datos atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la Unión Europea, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

³⁰¹ Artículo 34. Excepciones.

Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación:

- a) Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.
- b) Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.
- c) Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.
- d) Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme a su legislación específica.
- e) Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.
- f) Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.
- g) Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.
- h) Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.
- i) Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.
- j) Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro público y aquella sea acorde con la finalidad del mismo.
- k) Cuando la transferencia tenga como destino un Estado miembro de la Unión Europea, o un Estado respecto del cual la Comisión de las Comunidades Europeas, en el ejercicio de sus competencias, haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado.

no prescinde de notificar las transferencias internacionales de datos al Registro General de Protección de Datos para su inscripción a través de un sistema conocido como NOTA que contiene la notificación de ficheros.

Como se ha mencionado, el artículo 34 de la LOPD y además, el artículo 66.2 del Reglamento de la LOPD establecen los supuestos en los que no será necesaria la autorización previa del Director de la Agencia Española de Protección de Datos, los cuales son:

- Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte España.
- Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional
- Cuando la transferencia sea necesaria para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.
- Cuando se refiera a transferencias dinerarias conforme con su legislación específica.
- Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.

- Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del fichero o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.
- Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del fichero y un tercero.
- Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público. Tendrá esta consideración la transferencia solicitada por una Administración fiscal o aduanera para el cumplimiento de sus competencias.
- Cuando la transferencia sea precisa para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial.
- Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro público y aquélla sea acorde con la finalidad del mismo.

En caso de que resulte necesaria la autorización del Director de la Agencia Española de Protección de Datos para transmisiones de datos fuera del territorio, considerado como el Espacio Económico Europeo, la autorización podrá ser otorgada en caso de que, además de observarse lo que establece la LOPD, el exportador aporte las garantías de respeto a la protección de la vida privada de los afectados y a sus derechos y libertades fundamentales y se garantice el ejercicio de sus respectivos derechos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la LOPD, la autorización de transferencia internacional de datos a un país que no ha sido declarado como país con un nivel adecuado de protección podrá otorgarse solamente cuando se obtengan garantías suficientes. Así por ejemplo, podrá ser otorgada si el responsable del fichero aporta un contrato escrito, celebrado entre el exportador y el importador de datos, en el cual consten las necesarias garantías de respeto a la protección de la vida privada de los afectados y a sus derechos y libertades fundamentales y se garantice el ejercicio de sus respectivos derechos.

Para las transferencias internacionales de datos entre responsables de tratamiento, este tipo de transferencias se considerarán que reúnen las garantías adecuadas cuando los contratos celebrados se encuentren dentro de los términos previstos en las Decisiones de la Comisión Europea 2001/497/CE, de 15 de junio de 2001, y 2004/915/CE, de 27 de diciembre de 2004, por la cual se modifica la anterior.

Cada una de las Decisiones de la Comisión Europea contiene un conjunto de cláusulas contractuales tipo. Los responsables del tratamiento podrán optar por uno u otro conjunto de cláusulas, pero no podrán modificarlas ni combinar elementos de distintas cláusulas ni de los conjuntos.

Cuando la transferencia de datos se realice entre un responsable y un encargado del tratamiento, para reunir las garantías adecuadas, los contratos

deben incluir las garantías contractuales tipo de la Decisión de la Comisión Europea 2010/87/UE, de 5 de febrero de 2010.

Se puede dar una autorización para transferencias internacionales de datos entre un encargado del tratamiento establecido en España y un subencargado del tratamiento (actuaría como importador de datos), ubicado en un país que no garantiza un nivel adecuado de protección, siempre que por el exportador de datos se aporten las garantías suficientes de respeto a la vida privada de los afectados y a sus derechos y libertades fundamentales y se garantice el ejercicio de sus respectivos derechos.

Proporcionan las garantías adecuadas aquellos contratos que incluyan las cláusulas tipo adoptadas por la Agencia Española de Protección de Datos en su resolución de Autorización de Transferencia Internacional de Datos de 16 de octubre de 2012.

Además del contrato entre el encargado del tratamiento y el subencargado del tratamiento, se requiere el contrato marco entre el responsable del tratamiento y el encargado del tratamiento en el que aquél autorice la subcontratación y la transferencia internacional de datos.

También, se podrán autorizar transferencias internacionales de datos entre sociedades de un mismo grupo multinacional de empresas, cuando hubieran sido adoptadas normas o reglas internas vinculantes para las empresas del Grupo y exigibles conforme con el ordenamiento jurídico español. Los artículos 70.4 y el

Título IX, Capítulo V del RLOPD establecen el régimen jurídico aplicable a las transferencias internacionales en el seno de una multinacional. Esta regulación se completa con los Documentos de Trabajo elaborados por el Grupo del Artículo 29 de la Directiva 95/46/CE relativos al contenido de las normas corporativas vinculantes y al procedimiento previo.

Es posible observar en la normativa española no sólo normas acerca de las transferencias internacionales, sino que además, establece parámetros concretos, procedimientos, sanciones con el fin de garantizar una protección genuina de los intereses de las personas.

URUGUAY

Uruguay es el país latinoamericano que garantiza mayor protección en cuanto a flujos transfronterizos. No sólo cuenta con la adecuación a la Directiva 95/46, sino que además, es el único país no europeo que ha aprobado el Convenio 108.

El artículo 23³⁰² de la Ley de Protección de Datos Personales y Acción de Hábeas Data establece la regla general prohibitiva en cuanto a la transferencia internacional de datos personales.

³⁰² Artículo 23 - Datos transferidos internacionalmente.- Se prohíbe la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales que no proporcionen niveles de protección adecuados de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional o Regional en la materia.

La prohibición no regirá cuando se trate de:

- 1) Cooperación judicial internacional, de acuerdo al respectivo instrumento internacional, ya sea Tratado o Convención, atendidas las circunstancias del caso.
- 2) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el tratamiento del afectado por razones de salud o higiene públicas.
- 3) Transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable.

En el caso uruguayo, los artículos 34³⁰³ y 35³⁰⁴ del Decreto N° 414/009, Reglamentario de la Ley N° 18.331 de Protección de Datos Personales y Acción de Hábeas Data, establecen la persona que debe iniciar el procedimiento de autorización de transferencias internacionales así como los requisitos para su

4) Acuerdos en el marco de tratados internacionales en los cuales la República Oriental del Uruguay sea parte.

5) Cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico. También será posible realizar la transferencia internacional de datos en los siguientes supuestos:

A) Que el interesado haya dado su consentimiento inequívocamente a la transferencia prevista.

B) Que la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el interesado y el responsable del tratamiento o para la ejecución de medidas precontractuales tomadas a petición del interesado.

C) Que la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar en interés del interesado, entre el responsable del tratamiento y un tercero.

D) Que la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguardia de un interés público importante, o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.

E) Que la transferencia sea necesaria para la salvaguardia del interés vital del interesado.

F) Que la transferencia tenga lugar desde un registro que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta por el público en general o por cualquier persona que pueda demostrar un interés legítimo, siempre que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece la ley para su consulta.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer inciso de este artículo, la Unidad Reguladora y de Control de Protección de Datos Personales podrá autorizar una transferencia o una serie de transferencias de datos personales a un tercer país que no garantice un nivel adecuado de protección, cuando el responsable del tratamiento ofrezca garantías suficientes respecto a la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los respectivos derechos. Dichas garantías podrán derivarse de cláusulas contractuales apropiadas.

³⁰³ Artículo 34.- Procedimiento de autorización de transferencias internacionales de datos. El procedimiento para la autorización de transferencia internacional de datos a terceros países, de conformidad con lo expresado en el artículo 23 de la Ley que se reglamenta, se iniciará siempre a solicitud del exportador que pretenda llevarla a cabo.

³⁰⁴ Artículo 35.- Contenido de la solicitud de transferencia internacional de datos. Dicha solicitud, además de los requisitos legalmente exigidos, deberá contener:

A) La identificación de la base de datos y su código de inscripción en el Registro de Bases de Datos Personales.

B) La descripción de la transferencia, respecto de la que se solicita la autorización, con indicación de la finalidad que la justifica, adjuntando la documentación acreditante.

Cuando la autorización se fundamente en la existencia de un contrato entre el importador y el exportador de los datos, deberá aportarse copia del mismo acreditándose la concurrencia de poder suficiente de sus otorgantes.

Podrán realizarse transferencias internacionales de datos en empresas multinacionales, únicamente entre la matriz y sus filiales y/o sucursales y entre éstas, cuando posean códigos de conducta debidamente inscriptos ante la URCDP. Esto será de aplicación a los organismos internacionales.

proceder, y el artículo 36³⁰⁵ contempla el procedimiento de inscripción de los códigos de conducta.

ARGENTINA³⁰⁶

La transferencia internacional de datos personales está, específicamente, regulada por el artículo 12³⁰⁷ de la Ley N° 25.326 (Ley de Protección de los Datos Personales), en el que se dispone la prohibición de transferir datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales o supranacionales, que no proporcionen niveles de protección adecuados.

Sin embargo, se contempla una serie de excepciones:

- a) Colaboración judicial internacional;

³⁰⁵ Artículo 36.- Procedimiento de inscripción de códigos de conducta.

El procedimiento para inscripción en el Registro de Bases de Datos Personales de los códigos de conducta se iniciará siempre a solicitud del responsable de la base de datos.

La solicitud deberá acompañarse de los siguientes documentos:

- A) Identificación de la institución.
- B) Identificación del código de conducta y su responsable.
- C) Contenido del código de conducta.

La inscripción de los códigos de conducta se registrará por el mismo procedimiento establecido para las bases de datos.

³⁰⁶ La información con respecto a las transferencias internacional en Argentina se basa en la información obtenida en la Página oficial de Dirección Nacional de Protección de Datos Personales.

³⁰⁷ **ARTICULO 12.** — (Transferencia internacional).

1. Es prohibida la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales o supranacionales, que no propocionen niveles de protección adecuados.

2. La prohibición no regirá en los siguientes supuestos:

- a) Colaboración judicial internacional;
- b) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el tratamiento del afectado, o una investigación epidemiológica, en tanto se realice en los términos del inciso e) del artículo anterior;
- c) Transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable;
- d) Cuando la transferencia se hubiera acordado en el marco de tratados internacionales en los cuales la República Argentina sea parte;
- e) Cuando la transferencia tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico.

- b) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el tratamiento del afectado, o una investigación epidemiológica, en tanto se realice en los términos del inciso e) del artículo anterior;
- c) Transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable;
- d) Cuando la transferencia se hubiera acordado en el marco de tratados internacionales en los cuales la República Argentina sea parte;
- e) Cuando la transferencia tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico.

Asimismo, el Decreto 1558/2001 reglamentó el artículo 12 citado, y dispuso otras tres situaciones de excepción:

“La prohibición de transferir datos personales hacia países u organismos internacionales o supranacionales que no proporcionen niveles de protección adecuados, no rige cuando el titular de los datos hubiera consentido expresamente la cesión(...) El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece un país u organismo internacional se evaluará atendiendo a todas las circunstancias que concurran en una transferencia o en una categoría de transferencias de datos; en particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración de tratamiento o de los tratamientos previstos, el lugar de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país de que se trate, así como las normas profesionales, códigos de conducta y las medidas de

seguridad en vigor en dichos lugares, o que resulten aplicables a los organismos internacionales o supranacionales. Se entiende que un Estado u organismo internacional proporciona un nivel adecuado de protección cuando dicha tutela se deriva directamente del ordenamiento jurídico vigente, o de sistemas de autorregulación, o del amparo que establezcan las cláusulas contractuales que prevean la protección de datos personales”³⁰⁸.

Para realizar una transferencia internacional no se requiere autorización previa por parte de la Dirección Nacional, bastando con que el Exportador compruebe que el país receptor posee una legislación adecuada y, en caso contrario, la existencia de autorregulación o contratos adecuados. Ante la duda sobre si exista la mencionada adecuación, es posible solicitar asesoramiento a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (PDP) a fin de obtener mayor información respecto de los siguientes temas: a) Normativa adecuada; b) Órgano de control efectivo; c) Remedio judicial eficaz.

En cuanto a las cláusulas contractuales que habilitarían la transferencia internacional de datos personales a países sin legislación adecuada, la PDP tiene desarrollado un texto de cláusulas tipo con el propósito de utilizarlas como parámetro para la evaluación de contratos de transferencia internacional.

Al respecto, se ha previsto un procedimiento voluntario de solicitud de aprobación de cláusulas de contratos de transferencia internacional, debiendo utilizar para ello un formulario.

³⁰⁸ Artículo 12 del Decreto 1558/2001.

SUBSECCIÓN SEGUNDA. PROPUESTA DE REFORMA

A como se encuentra actualmente la legislación costarricense, ésta no puede ser considerada como que provee un nivel adecuado de protección, según los estándares europeos. Para ello, es necesario una reforma a la actual normativa.

Como primer paso, se torna necesario definir el concepto de transferencia internacional de datos personales a fin de conocer el ámbito de aplicación de la normativa que refiere a ellas.

Seguidamente, se debe establecer una norma general, que prohíba la circulación entre países en aquellos supuestos en que no se provea a las personas garantías sobre sus datos y su dignidad como persona. Sin embargo, como se ha establecido a lo largo del trabajo de investigación, el derecho a la autodeterminación informativa no es un derecho absoluto y contempla diferentes excepciones.

Resulta de suma importancia, que la determinación acerca de si un tercer país garantiza un nivel adecuado de protección, no debe depender nunca de las mismas empresas o responsables del tratamiento de datos personales, pues son ellos quienes tienen intereses de por medio, especialmente un interés económico, por lo que debe recaer en un tercero imparcial que vele por los derechos de las personas y que ejecute los deberes de los responsables.

Si bien, corresponde a cada país velar por las transferencias internacionales, esto no puede significar que no existan medidas para hacer posible la transferencia de datos personales entre diferentes empresas cuando un país no tenga el llamado nivel adecuado, siendo así que se debe establecer la posibilidad de intercambiar cuando las empresas puedan garantizar la protección de los datos. Es por ello que a través de cláusulas contractuales, las empresas que se encuentran en países que no brindan un nivel adecuado de protección de datos personales pueden transferir internacionalmente.

En razón de lo expuesto, y con base en el estudio de derecho comparado realizado y los temas analizados durante la investigación, se propone la siguiente reforma de ley:

“Propuesta de Proyecto de Ley

Reformas a la Ley de Protección a la Persona frente al tratamiento de sus datos personales, No. 8968

Expediente No. XX.XXX

Artículo 1.-

Modifíquese el artículo 3 de la Ley N° 8968, Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales el cual deberá leerse de la siguiente forma:

ARTÍCULO 3.- Definiciones

Para los efectos de la presente ley se define lo siguiente:

a) Base de datos: cualquier archivo, fichero, registro u otro conjunto estructurado de datos personales, que sean objeto de tratamiento o procesamiento, automatizado o manuales, cualquiera que sea la modalidad de su elaboración, organización o acceso.

b) Datos personales: cualquier dato relativo a una persona física identificada o identificable.

c) Datos personales de acceso irrestricto: los contenidos en bases de datos públicas de acceso general, según dispongan leyes especiales y de conformidad con la finalidad para la cual estos datos fueron recabados.

d) Datos personales de acceso restringido: los que, aun formando parte de registros de acceso al público, no son de acceso irrestricto por ser de interés solo para su titular o para la Administración Pública.

e) Datos sensibles: información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.

f) Deber de confidencialidad: obligación de los responsables de bases de datos, personal a su cargo y del personal de la Agencia de Protección de

Datos de los Habitantes (Prodhab), de guardar la confidencialidad con ocasión del ejercicio de las facultades dadas por esta ley, principalmente cuando se acceda a información sobre datos personales y sensibles. Esta obligación perdurará aun después de finalizada la relación con la base de datos.

g) Interesado: persona física, titular de los datos que sean objeto del tratamiento automatizado o manual.

h) Responsable de la base de datos: persona física o jurídica que administre, gerencie o se encargue de la base de datos, ya sea esta una entidad pública o privada, competente, con arreglo a la ley, para decidir cuál es la finalidad de la base de datos, cuáles categorías de datos de carácter personal deberán registrarse y qué tipo de tratamiento se les aplicarán.

i) Transferencia internacional de datos personales: tratamiento de datos que supone una transmisión de los mismos fuera del territorio nacional.

j) Tratamiento de datos personales: cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas mediante procedimientos automatizados o manuales y aplicadas a datos personales, tales como la recolección, el registro, la organización, la conservación, la modificación, la extracción, la consulta, la utilización, la comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a estos, el cotejo o la interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción, entre otros.

Artículo 2.-

Adiciónese el artículo 14 bis de la Ley N° 8968, Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales el cual deberá leerse de la siguiente forma:

“Artículo 14 bis.- Transferencia Internacional de Datos Personales

Se prohíbe la transferencia de datos personales de cualquier tipo que hayan sido objeto de tratamiento o que hayan sido recogidos para someterlos a dicho tratamiento, hacia países u organismos internacionales, o supranacionales, que no proporcionen niveles de protección adecuados de acuerdo a los estándares del Derecho Nacional o del Derecho Internacional cuando estos últimos sean superiores a los primeros.

El carácter adecuado del nivel de protección que ofrece el país destinatario será evaluado por la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes atendiendo a todas las circunstancias que concurran en la transferencia internacional de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países.

La prohibición no regirá cuando se trate de:

- a) *Cuando la transferencia internacional de datos de carácter personal resulte de la aplicación de tratados o convenios en los que sea parte Costa Rica.*
- b) *Cuando la transferencia se haga a efectos de prestar o solicitar auxilio judicial internacional.*
- c) *Cuando la transferencia sea necesaria para la salvaguarda del interés vital del interesado, prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios.*
- d) *Cuando el afectado haya dado su consentimiento inequívoco a la transferencia prevista.*
- e) *Cuando la transferencia sea necesaria para la ejecución de un contrato entre el afectado y el responsable del tratamiento o para la adopción de medidas precontractuales adoptadas a petición del afectado.*
- f) *Cuando la transferencia sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato celebrado o por celebrar, en interés del afectado, por el responsable del tratamiento y un tercero.*
- g) *Cuando la transferencia sea necesaria o legalmente exigida para la salvaguarda de un interés público importante o para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un procedimiento judicial.*

h) Cuando la transferencia se efectúe, a petición de persona con interés legítimo, desde un Registro público y aquella sea acorde con la finalidad del mismo.

i) Que la transferencia tenga lugar desde un registro que, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, esté concebido para facilitar información al público y esté abierto a la consulta por el público en general o por cualquier persona que pueda demostrar un interés legítimo, siempre que se cumplan, en cada caso particular, las condiciones que establece la ley para su consulta.

j) Cuando la transferencia tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo, la Prodhab podrá autorizar una transferencia o una serie de transferencias de datos personales hacia un tercer país que no garantice un nivel adecuado de protección, cuando el responsable del tratamiento ofrezca garantías suficientes respecto a la protección de la vida privada, de los derechos y libertades fundamentales de las personas, así como respecto al ejercicio de los respectivos derechos.

Dichas garantías podrán derivarse de cláusulas contractuales apropiadas.

Rige a partir de su publicación.”

CONCLUSIONES

En la actual sociedad de la información, la protección de datos personales juega un rol valioso, especialmente tomando en cuenta que el uso de las tecnologías permite transferir los datos de manera ilimitada y prácticamente incontrolable, lo cual puede implicar atropellos a los derechos y garantías fundamentales de las personas.

Uno de los principales peligros de un mal uso de los datos personales es que a partir de ellos se crean perfiles de las personas, los cuales llegan a ser utilizados para tomar decisiones arbitrarias y discriminarlos a partir de datos que fueron suministrados con distinta finalidad.

En Costa Rica, la protección de datos personales todavía tiene camino por recorrer. Si bien, la entrada en vigencia de la ley, su respectivo Reglamento y la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes significó un avance legal e institucional significativo, lo cierto es que en la práctica no se ha visto reflejado tal avance. Todavía existe desconocimiento por parte de las personas y de las empresas acerca de cómo adaptarse a las regulaciones establecidas. Además, la Agencia de Protección de Datos apenas está comenzando a funcionar, dejando por fuera, varias de las atribuciones que le fueron conferidas por la legislación.

La importancia de contar con nivel adecuado de protección de datos personales radica especialmente en que permite la transferencia internacional de

datos, lo cual genera ventajas competitivas de índoles económicas y comerciales, por mencionar unas.

En comparación con la legislación europea, la costarricense se podría decir que se encuentra en pañales, principalmente, en cuanto al flujo transfronterizo de datos personales. Mientras que en Europa se legislaba del tema desde la década de los ochenta, en Costa Rica se limita a unos cuantos artículos en los cuales no se aclara la manera como se deben tratar los datos provenientes de otros países, ni la forma como se deben transferir estos datos a terceros países. Tampoco brinda las garantías adecuadas para una efectiva protección de los derechos de las personas, ya que limita a los nacionales o extranjeros radicados en el país, dejando por fuera todos esos datos personales de personas de otros países que no se encuentren radicados en Costa Rica. Además, deja a la persona a merced de decisiones automatizadas individualizadas al no prohibir tal uso de los datos personales.

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que Costa Rica no cumple con lo exigido por la Unión Europea para determinar que el país cuenta con un nivel adecuado de protección de datos personales tal y como lo contempla la Directiva 95/46/CE, máxime en cuanto a la regulación vigente y prácticamente inexistente de flujos transfronterizos de datos personales y además, en cuanto a la falta de regulación que prohíba las decisiones individualizadas automatizadas.

En el caso específico de los datos financieros, los cuales son considerados datos personales, se mezclan, tanto intereses y derechos individuales, así como el

interés público; lo anterior, debido a que la información que se desprende de tales datos es utilizada con frecuencia para fines fiscales (lo que puede incluir la persecución de delitos tributarios), así como con el fin de evitar la comisión de otro tipo de delitos, por ejemplo, los relacionados con la legitimación de capitales, o bien, el financiamiento del terrorismo.

Costa Rica, al igual que muchos otros países del globo, no está exenta de las presiones económicas y políticas que impulsan la cooperación internacional con el fin de perseguir las acciones anteriormente descritas.

Debe entenderse, sin embargo, que no pueden pasarse por alto derechos fundamentales, los cuales constituyen un límite frente al gran poder del Estado, en este sentido, salta a la vista un problema que no puede ser obviado: la falta de homogeneidad normativa entre los diferentes países en los cuales circulan los datos que son objeto de intercambio de información internacional (flujo transfronterizo de datos).

Esta diferencia normativa obliga a reflexionar sobre temas diversos, tales como: los derechos y garantías sobre protección de datos personales que cubren los datos financieros, la protección limitada que ofrece el principio de autonomía procedimental en el ámbito tributario, así como el principio de no autoincriminación aplicado sobre los datos coactivamente aportados por el contribuyente.

En el primer caso, sea la protección de los datos financieros, entendiendo estos como datos personales, cabe concluir que no existe en la legislación costarricense normativa que pueda ser considerada bajo la condición de “*legislación adecuada*”, según el estándar europeo, debido a que Costa Rica no contempla, específicamente, lo referente al flujo transfronterizo de datos, dejando por fuera principios como el de continuidad de la protección y equivalencia.

Sin embargo, deben observarse en los procedimientos de intercambio de información tributaria, los principios y garantías que establece la Ley de Protección a la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, ya que pese a la carencia mencionada en el párrafo superior, dicho texto es referencia obligatoria para delinear los derechos de participación del obligado tributario en este tipo de procedimientos.

Es de especial interés reiterar el hecho de que se trate de bases de datos públicas, o privadas, los responsables de éstas deberán observar lo que dicta nuestra legislación en cuanto a la cesión, o bien, transferencia de datos personales; a la vez, hemos concluido que los principios de acceso y adecuación al fin revisten de una importancia preponderante en el caso de estudio.

En el segundo supuesto, sea la protección limitada que ofrece el principio de autonomía procedimental en el ámbito tributario, se puede concluir que al no tener Costa Rica regulado lo referente al flujo transfronterizo de datos personales, se deja a la libre el tratamiento de estos datos por parte del país requirente una vez que los datos salen de las fronteras costarricenses. En este sentido,

normativa como el FATCA, representa un agravante significativo para la situación, al desconocer el principio de autonomía procedimental, y desconocer, por ende, los derechos y garantías que nuestra legislación otorga al contribuyente, o al titular de los datos personales en general.

Sin embargo, dicho texto (el FATCA) resulta inejecutable en los términos en que se encuentra actualmente, ya que la Administración Tributaria solo puede acceder a información en poder de las entidades financieras en virtud de una solicitud de intercambio de información, entiéndase a requerimiento; por lo que las entidades financieras pueden negarse legítimamente a entregar información, sin autorización de sus titulares, como de hecho lo ha entendido la Superintendencia General de Entidades Financieras, y de lo cual ha hecho eco el Banco Central de Costa Rica, el problema práctico se presentará si el Gobierno estadounidense pretende cobrar la retención que se establece como castigo a las entidades financieras que no cumplan con lo estipulado por la norma.

Finalmente, en cuanto al principio de no autoincriminación en el ámbito fiscal, es posible afirmar que Costa Rica podría facilitar, eventualmente, información que sea utilizada para fines contrarios a lo manifestado por la Sala Constitucional costarricense, y contrarios, a la vez, a lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo anterior, lleva, simultáneamente, a determinar que el Acuerdo de Asociación suscrito con la Unión Europea, es susceptible de incumplimiento por parte de Costa Rica, al permitirse la prestación de servicios financieros de

carácter transfronterizo, y por ende, la transferencia internacional de gran cantidad de datos, sin contar con una legislación que sea acorde con los más altos estándares internacionales, tal y como lo exige el Acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Hernández Sampieri, R; Fernández Collado, C; Baptista Lucio, P. *Metodología de la investigación*. Mc Graw Hill, México, 1997.
- Jiménez Sandoval, Humberto. (2010). *Curso de Derecho Bancario*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Universidad Estatal a Distancia.
- Latorre, Ángel. (2003). *Introducción Al Derecho*. Barcelona, España: Editorial Ariel Derecho.
- Puccinelli, Oscar R. *Protección de Datos de Carácter Personal*. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2004.
- Uckmar, Victor. y Torrealba, Adrián. (2014). *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Primera edición. San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

- Castro Argueta, Esteban Julián. *El desdoblamiento de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad en Costa Rica: Análisis del Proyecto de Reforma del Artículo 48 de la Constitución Política*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. 2008.
- Corrales Castillo, Warren. *Viabilidad jurídica de la implementación del recurso de habeas data para regular la discriminación de selección de personal en razón de bases de datos*. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 2011.
- Morales Viales, Rudy Y Ugarte Ibarra, Rolando. *Tutela De Los Derechos De La Personalidad Virtual Y Protección De Datos De Carácter Personal En Las Redes Sociales Online*. Tesis Para Optar Por El Grado De Licenciatura En Derecho. Universidad de Costa Rica 2012.
- Porras Zúniga, Paula. *Derecho A La Información Y Derecho A La Privacidad De Datos Personales. Su Tutela Jurídica En La Nueva Sociedad De La Información*. Tesis para optar por el grado de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica. 2005.

NORMATIVA

- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N° 8968. Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.* Diario Oficial La Gaceta. 07 de setiembre de 2011
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.4755. Código de Normas y Procedimientos Tributarios.* Diario Oficial La Gaceta. 3 de mayo de 1971.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.8204. Reforma integral Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo.* Diario Oficial La Gaceta. 11 de enero de 2002.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.3284. Código de Comercio.* Diario Oficial La Gaceta. 26 de setiembre de 1953.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N. 9154. Acuerdo que establece asociación entre Centroamérica y la Unión Europea y sus Estados miembros.* La Gaceta 11 de julio del 2013.
- Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Ley N.1644. Ley Orgánica de Sistema Bancario Nacional.* Diario Oficial La Gaceta. 27 de mayo de 1964.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de la República de Costa Rica.* 08 de noviembre de 1949.
- Cámara De Diputados Del H. Congreso De La Unión. *Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de particulares.* Diario Oficial de la Federación el 5 de julio de 2010. Extraído de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf> el 27/11/2014.
- Consejo de Europa. (1950).*Convenio Europeo de Derechos Humanos.*
- Consejo de Europa. *Convenio N° 108 Del Consejo De Europa, De 28 De Enero De 1981, Para La Protección De Las Personas Con Respecto Al Tratamiento Automatizado De Datos De Carácter Personal.*
- Consejo de Europa. *Protocolo Adicional De Convenio Nª 108 Para La Protección De Las Personas Con Respecto Al Tratamiento Automatizado De Datos De Carácter Personal Y Relativo A Transferencias De Datos. 2001.*
- Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *Acuerdo SUGEF 1-05. Reglamento para la clasificación de deudores.* Diario Oficial la Gaceta. 9 de diciembre del 2005.
- Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero. *Acuerdo SUGEF 7-06. Reglamento del Centro de Información Crediticia.* Diario Oficial la Gaceta. 13 de junio del 2006.
- Decreto Ejecutivo n. ° 37554-JP. *Reglamento A La Ley De Protección De La Persona Frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales.* Publicado en el Alcance Digital n.° 42 a La Gaceta n.° 45 de 05 de marzo de 2013. Extraído de: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_articulo.aspx?param1=

[NRA&nValor1=1&nValor2=74352&nValor3=91778&nValor4=-1&nValor5=2&nValor6=30/10/2012&strTipM=FA](#) el 28 de noviembre de 2014.

- El Parlamento Europeo Y El Consejo De La Unión Europea. *Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 Relativa A La Protección De Las Personas Físicas En Lo Que Respecta Al Tratamiento De Datos Personales Y A La Libre Circulación De Estos Datos.* Extraído de: https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/legislacion/union_europea/directivas/common/pdfs/B.4-cp--Directiva-95-46-CE.pdf el 27/11/2014.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Publicada en BOE n. 298 de 14/12/1999
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. *Directrices Relativas A La Protección De La Intimidad Y De La Circulación Transfronteriza De Datos Personales.* 23 de septiembre de 1980. Extraído de: <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/15590267.pdf> el 27/11/2014.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos.*
- Organización de las Naciones Unidas. *Directrices Para La Regulación De Los Archivos De Datos Personales Informatizados.* Adoptadas mediante resolución 45/95 de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1990.
- Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina. *Ley 25326. Ley de Protección de los Datos Personales.* Extraído de: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/64790/norma.htm> el 28/11/2014.

JURISPRUDENCIA

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 2013015183.* San José, a las catorce horas treinta minutos del diecinueve de noviembre de dos mil trece. Extraído de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=593984&strTipM=T&strDirSel=directo el 28/11/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 1345-98.* San José, a las once horas treinta y seis minutos del veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho. Extraído de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia¶m2=1&nValor1=1&nValor2=114277&strTipM=T&lResultado=1 el 28/11/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución # 4847-99.* San José, a las dieciséis horas con veintisiete minutos del veintidós de junio de mil novecientos noventa y nueve. Extraído de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&cmbDespacho=&txtAnno=&strNomDespacho=Sala%20Constitucional&n

[Valor2=119380&lResultado=1&lVolverIndice=IndiceDespSent¶m01=¶m2=37&strTipM=T&strDirSel=directo](#) el 27/11/2014.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 2010-008782*. San José, a las once horas veintiséis minutos del catorce de mayo del dos mil diez. Extraído de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=483667&strTipM=T&strDirSel=directo el 28/11/2014.
- Sala Constitucional De La Corte Suprema De Justicia De Costa Rica. *Resolución número 2006-05605*. San José, a las quince horas veinte minutos del veintiséis de abril del dos mil seis. Extraído de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=352700&strTipM=T&strDirSel=directo el 27/11/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. *Resolución número 11569-2005*. San José, a las nueve horas con cuatro minutos del veintinueve de agosto de dos mil cinco. Extraído de: http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=330293&strTipM=T&strDirSel=directo el 28/11/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 835-1990*. Extraída de http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=82899&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución Número 578-1992*. Extraído de http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=87940&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 7-1994*. Extraído de http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=122520&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 5507-1994*. Extraída de http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=98089&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 3929-1995*. Extraído de http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=83810&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución número 1269-95* de las 15:48 horas del 7 de marzo de 1995. Extraído de http://jurisprudencia.poderjudicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=81491&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/12/2014.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 8127-1997*.
Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=113178&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 4749-1999*.
Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=312356&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 08596- 2004*.
Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=280955&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 14201 – 2004*.
Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=298768&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 09058-2004*.
Extraído de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=288494&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 17518-2006*.
Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=368460&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Resolución Número 01226-2014*.
Extraída de http://jurisprudencia.poder-judicial.go.cr/SCIJ_PJ/busqueda/jurisprudencia/jur_Documento.aspx?param1=Ficha_Sentencia&nValor1=1&nValor2=598702&strTipM=T&strDirSel=directo el 30/10/2014.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- Chirino Sánchez, Alfredo. “La Protección de Datos al Amparo de la Constitución Política” en *Constitución y Justicia Constitucional*.
- Ortega Giménez, Alfonso. “Transferencia internacional de datos de carácter personal: EU vs EE.UU” *Revista de la facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*. Volumen 1, número 2, marzo 2007. Extraído de:

<http://revistasocialesyjuridicas.files.wordpress.com/2010/09/02-tm-09.pdf> el 28/11/2014.

- Remolina – Angarita, Nelson. “¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, número 16. Enero –junio 2010. Extraído de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n16/n16a15.pdf> el 27/11/2014.
- Roch, Michael P. *Filling the Void of Data Protection in the United States: Following the European Example*, 12 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 71 (1996). Extraído de: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol12/iss1/3> el 28/11/2014.
- Rodríguez Mendoza, Adriana M. “El reto de Costa Rica frente a la institucionalización de la Agencia de Protección de Datos de los Habitantes, PRODHAB, con fundamento legal en la Ley N° 8968”. *Derecho En Sociedad*, Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT – Costa Rica. N. ° 3. Julio de 2012. Extraído de: http://www.ulacit.ac.cr/files/revista/articulos/esp/resumen/62_f4.pdf el 28/11/2014.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- Agencia Española de Protección de Datos. Informe 0516/2008. Extraído de http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/ommon/pdfs/2008-0516_Cesi-oo-n-de-datos-tributarios-de-Diputaci-oo-n-a-Ayuntamiento.-Ley-Habilitante.pdf el 08/01/2015.
- Agustín Millán Gómez, “Reconocimiento Normativo del Derecho a la Protección de los Datos Personales en el Ámbito Internacional” en *Retos de la Protección de Datos Personales en el Sector Público*, Instituto de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Distrito Federal. Extraído de: <http://www.infodf.org.mx/web/comsoc/campana/2012/LibrodatosPweb.pdf> el 30/11/2014.
- Álvarez Echagüe, Juan M. *Análisis del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo y su aplicación en el derecho sancionador tributario a partir de la doctrina y jurisprudencia española, estadounidense, argentina y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Extraído de <http://www.aevasoc.com.ar/articulo8.pdf> el 01/12/2014.
- Álvarez Rigaudias, Cecilia. “Las transferencias internacionales de datos personales y el nivel equiparable o adecuado de protección”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. ° 12: 19-30. 2005. Extraído de: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1467/documento/art1.pdf?id=2064> el 28/11/2014.
- Banco Central de Costa Rica. (2014). *FATCA. Ley de Cumplimiento Fiscal de las Cuentas en el Extranjero*. Extraído de http://www.bccr.fi.cr/fatca/Documentos/Presentacion_Contactos_Entidades_02122014.pptx el 08/01/2014.
- Barboza Barquero, Laura. *El Principio de No Autoincriminación aplicable a la materia administrativa sancionatoria tributaria*. Extraído de <http://bb9.ulacit.ac.cr/tesinas/Publicaciones/039292.pdf> el 27/11/14.
- Bázan, Víctor. “El Hábeas Data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa”. *Anuario de Derecho Constitucional*

Latinoamericano. Año XVIII. pp 37-76. Bogotá. Extraído de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2012/pr/pr4.pdf> el 28/11/2014.

- Berruezo, Rafael. Autoincriminación en el Derecho Penal Tributario. (2011) Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Extraído de <http://www.ciidpe.com.ar/area5/AUTOINCRIMINACIONBerruezo.pdf> el 27/11/2014.
- Casado Ollero, Gabriel. Conferencia titulada “El derecho a no autoincriminarse en el procedimiento tributario sancionador” Seminario “Derecho Sancionador Tributario y Estatuto del Contribuyente” organizado por ULACIT y el Centro de Estudios Tributarios, 2000. Extraído de <http://www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/El%20Derecho%20a%20no%20autoincriminarse%20en%20el%20procedimiento%20tributario%20sancionador.%20carp.%20P%C3%BAblica.doc> el 30/11/2014.
- Cerda Silva, Alberto. “El "nivel adecuado de protección" para las transferencias internacionales de datos personales desde la Unión Europea”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, n° 36, agosto 2011. Extraído de http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-
- Chambrá La Duke & Co. *Convenio Multilateral de la OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal*. Extraído de <http://www.cambraladuke.com/portfolio/convenio-multilateral-de-la-ocde-sobre-asistencia-administrativa-mutua-en-materia-fiscal/> el 23/12/2014.
- Chirino Sánchez, Alfredo. *El Recurso De “Habeas Data” Como Forma De Tutela De La Persona Frente Al Tratamiento De Sus Datos Personales. El Caso De Costa Rica*. Ponencia presentada al IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática “Justicia e Internet”. San José, Costa Rica. Marzo 2002. Página 20. Extraído de: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/13436/12693> el 28/11/2014.
- Comisión Europea. (2012). *UE- Centroamérica: relaciones comerciales en el marco del Acuerdo de Asociación*. Extraído de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/november/tradoc_150037.pdf el 27/11/2014.
- Consejo permanente de la Organización de Estados Americanos. Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. *Principios Y Recomendaciones Preliminares Sobre La Protección De Datos (La Protección De Datos Personales)*. Extraído de: http://www.oas.org/dil/esp/CP-CAJP-2921-10_rev1_corr1_esp.pdf el 30/11/2014.
- Cómo se clasifican los datos personales según la LOPD. 11/04/12. Extraído de: <http://www.bbvacontuempresa.es/legislacion/se-clasifican-los-datos-personales-segun-la-lopd> el 30/11/2014.
- Duran, J. y Ludeña, C. (2008). *Acuerdo de Asociación Centroamérica – Unión Europea: Evaluación utilizando Equilibrio General Computable y Equilibrio Parcial*. Extraído de http://www.researchgate.net/publication/266882475_Acuerdo_de_Asociacin_Centroamrica_Unin_Europea_Evaluacin_utilizando_Equilibrio_General_Computable_y_Equilibrio_Parcial el 29/11/2014.
- Editorial. “Costa Rica hacia la OCDE”. *La Nación*. 3 de junio del 2013. Extraído de: http://www.nacion.com/opinion/editorial/Costa-Rica-OCDE_0_1345465634.html el 28/11/2014.
- Gallegos Flores, Joaquín. *El deber formal de colaborar con la Administración tributaria y su colisión con los derechos fundamentales de no autoincriminación y presunción de inocencia*.

- Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Extraído de http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/22/22_4.pdf el 27/11/2014.
- García Pratz, Francisco A. (2001). *La Asistencia Mutua en Materia de Recaudación Tributaria*. Crónica Tributaria nº 101. Extraído de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/articulo_101_Prats.PDF el 02/01/2015.
 - González Hernández, Juan José. El Derecho A La Intimidad Y Derechos Conexos. La Perspectiva De Su Protección A Nivel Internacional, Con Enfoque Especial Al Sistema Latinoamericano Y La Situación De Su Reglamentación Legal En México. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2007. Extraído de: http://app.vlex.com.ezproxy.sibdi.ucr.ac.cr:2048/#WW/search/*/El+derecho+a+la+intimidad+y+derechos+conexos.+La+perspectiva+de+su+protecci%C3%B3n+a+nivel+internacional%2C+con+enfoque+especial+al+sistema+latinoamericano+y+la+situaci%C3%B3n+de+su+reglamentaci%C3%B3n+legal+en+M%C3%A9xico/vid/452394 el 29/11/2014.
 - Grupo De Trabajo Del Artículo 29. *Dictamen 4/2007 Sobre El Concepto De Datos Personales*. Adoptado el 20 de junio de 2007. Extraído de: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_es.pdf el 27/11/2014.
 - Guasch Portas, Vicente. “La Transferencia Internacional De Datos De Carácter Personal”. *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012. Extraído de: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2012-11-6085&dsID=Documento.pdf> el 28/11/2014.
 - Gutiérrez Castillo, Victor Luis. “Aproximación A La Protección Jurídica Internacional Del Derecho De Acceso Y Protección De Datos En Europa”. *Derecho y conocimiento*, volumen 3, Facultad de Derecho. Universidad de Huelva. Extraído de: http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC03/DYC003_A04.pdf el 28/11/2014.
 - Guzmán García, María de los Ángeles. *El Derecho Fundamental A La Protección De Datos Personales En México: Análisis Desde La Influencia Del Ordenamiento Jurídico Español*. Memoria para optar al grado de Doctor. Universidad Complutense De Madrid. Madrid, 2013. Extraído de: <http://eprints.ucm.es/22817/1/T34727.pdf> el 27/11/2014.
 - Herrán Ortiz, Ana Isabel. *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*. Dykinson. 2002. Madrid. Extraído de: <http://books.google.es/books?id=CCVT48egc5MC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false> el 28/11/2014.
 - Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de datos. *Guía práctica para ejercer el Derecho a la Protección de Datos Personales*. México, 2012. Extraído de: <http://inicio.ifai.org.mx/Publicaciones/01GuiaPracticaEjercerelDerecho.pdf> el 30/11/2014.
 - Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. *La Protección De Datos Personales En México: Una Propuesta Para Deliberar*. Julio de 2008 Extraído de: http://cotaipo.org.mx/biblioteca_virtual/datos_personales/5.pdf el 28/11/2014.
 - Konrad-Adenauer-Stiftung. El Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea. Extraído de <http://www.kas.de/costa-rica/es/pages/6207/> el 30/11/2014

- Luna Rodríguez, Rafael. El derecho a no autoincriminarse en el ámbito sancionador tributario costarricense. Comentario al Voto N° 2000-11403 de 20 de diciembre de 2000 de la Sala Constitucional. Publicado en la Revista de Derecho Público, No. 3-2006. Extraído de http://afc.cr/downloads/Publications/No_autoincriminarse.pdf el 27/11/2014.
- López Garrido, Diego. “El proyecto de Ley de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal: la excepcionalidad como norma”. *Jueces para la democracia*. N° 13, 1991. Páginas 17-21. Extraído de <file:///C:/Users/Gaby/Downloads/Dialnet-ElProyectoDeLeyDeRegulacionDelTratamientoAutomatiz-2528793.pdf> el 30/07/2014.
- Martínez Gutiérrez, Rubén y Cantó López, María Teresa. *Temario de Derecho Informático (Relaciones Jurídicas Básicas). Tema 7 La protección de datos*. Universidad de Alicante. Departamento de Estudios Jurídicos del Estado, 2010. Extraído de: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13057/8/TEMA%207%20RJB%20-%20La%20protección%20de%20datos.pdf> el 27/11/2014
- Merino, María. y Nocete, Francisco. El intercambio de información tributaria: entre la diversidad normativa, la imprecisión conceptual y la pluralidad de intereses. *Crónica Tributaria* Núm. 139/2011 (139-163). Extraído de http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/139_Merino.PDF el 27/11/2014.
- Merino, María. y Nocete, Francisco. *El intercambio de información tributaria en el derecho internacional, europeo y español*. Instituto de Estudios Fiscales. DOC. n.o 6/2011. Extraído de <http://www.hacienda.go.cr/cifh/sidovih/uploads/archivos/Articulo/El%20intercambio%20de%20informaci%C3%B3n%20tributaria.pdf> el 30/12/2014.
- Montoya Fendt, Fabián. “¿Qué beneficios traerá la eventual adhesión de Costa Rica a la OCDE?” *Economía Nacional*, Junio, 2013. Extraído de: http://economistascr.com/blogarticulos/index.php?option=com_content&view=article&id=164:beneficios-de-unirse-a-la-ocde&catid=11:economia-nacional&Itemid=13 el 28/11/2014.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Manual para la aplicación de las disposiciones relativas al intercambio de información con fines tributarios. Extraído de <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Manual%20OCDE.pdf> el 30/10/2014.
- Pardo, M.; Rubio, E.; Gómez, F. y Alfonso, R. “La Protección De Los Datos De Carácter Personal Como Derecho Fundamental Autónomo”. *Derecho Constitucional III*. Universidad de Murcia. Extraído de: <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/proteccion-datos.pdf> el 30/11/2014.
- Pecho Trigueros, Miguel E. (2014). “El intercambio automático de información: hacia el nuevo estándar de transparencia fiscal Internacional Automatic exchange of information: towards a new global standard of tax transparency”. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. N. 72-2014. Extraído de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/9769/10180> el 07/01/2015.
- Prieto Gutiérrez, Jesús María. *Objeto Y Naturaleza Jurídica Del Derecho Fundamental A La Protección De Datos Personales* (y II). Boletín núm. 1973. Extraído de: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344079582?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content> el 28/11/2014.

- ¿Qué son los datos de carácter personal?-LOPD. Extraído de: <http://cuidatusdatos.com/infodatospersonales.html> el 30/11/2014.
- Red Iberoamericana de Protección de Datos. *El Acceso A La Información Pública Y La Protección De Los Datos Personales*. Huixquilucan (Estado de México), 4 de noviembre de 2005. Extraído de: http://privacidadyacceso.com/sites/default/files/001_Acceso-a-la-Informaci-oo-n-P-u-blica-y-Protecci-oo-n-de-Datos.pdf el 28/11/2014.
- Responsable de desarrollo de negocio. 17 de octubre de 2014. Comentario sobre “El Parlamento Europeo aprueba la reforma del Reglamento sobre protección de datos”. *Letslaw*. Extraído de: <http://letslaw.es/blog/el-parlamento-europeo-aprueba-la-reforma-del-reglamento-sobre-proteccion-de-datos/> el 30/11/2014.
- Riascos Gómez, Libardo Orlando. *El Derecho A La Intimidad, La Visión Iusinformática Y El Delito De Los Datos Personales*. Universidad De Lleida. Facultad De Derecho. Departamento De Derecho Público. Tesis para optar el título: Doctor en Derecho. Lleida (España), 1999. Extraído de: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/8137/Tlorg2de2.pdf?sequence=2> el 27/11/2014.
- Robinson, Neil, Hans Graux, Maarten Botterman and Lorenzo Valeri, *Review of the European Data Protection Directive*, Santa Monica, Calif.: RAND Corporation, 2009. Extraído de: http://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR710 el 30/11/2014.
- Rodríguez-Bereijo León, María. El intercambio de información fiscal entre los Estados y su incidencia probatoria. (2012). *Revista para el análisis del Derecho*. p 6. Extraído de <http://www.indret.com/pdf/918.es.pdf> el 30/10/2014.
- Rojas Sáenz, Gloriana. El Derecho a no autoinculparse en materia tributaria (La sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica N° 2000-11403). *Foro Constitucional Iberoamericano* N°12. 2005/2006. Extraído de <http://www.idpc.es/archivo/1208279975FCI12NGR.pdf> el 27/11/2014.
- Sánchez Bravo, Álvaro A. *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*. Universidad de Sevilla. Sevilla, España. 1998. Extraído de: http://books.google.co.cr/books?id=a_aZGybsCBMC&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false el 28/11/2014.
- Secretaria de Integración Económica Centroamericana. (2010). *La Unión Aduanera Centroamericana*. Extraído de <file:///C:/Users/Usuario/Documents/Convenio%20de%20Asistencia%20Mutua%20con%20centroamerica.pdf> el 23/12/2014.
- Téllez Valdes, Julio. *Derecho Informático*. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Serie A: FUENTES b) TEXTOS Y ESTUDIOS LEGISLATIVOS, Núm.75. México, 1991. Extraído de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/313/5.pdf> el 28/11/2014.
- Velasco San Martín, Cristos. “Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México?” *Boletín de Política Informática* No. 1, 2003. Extraído de: <http://www.inegi.org.mx/inegi/contenidos/espanol/prensa/contenidos/Articulos/tecnologia/libertad.pdf> el 28/11/2014.

- Veleiro, Belén. *La Adecuación A La Normativa De Protección De Datos De Carácter Personal*. Protección de datos de carácter personal y Sociedad de la Información. Protección de datos de carácter personal. Extraído de: <http://vlex.com/vid/n-normativa-datos-car-aacute-personal-41421372> el 27/11/2014.
- Zaballos Pulido, Emilia. *La Protección De Datos Personales En España: Evolución Normativa Y Criterios De Aplicación*. Memoria Para Optar Al Grado De Doctor. Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2013. Extraído de: <http://eprints.ucm.es/22849/1/T34733.pdf> el 27/11/2014.