



**Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología**  
Seminario de Graduación

Artículo científico para optar por el grado de  
**Licenciatura en Derecho con énfasis en Derecho Empresarial**

***Vulnerabilidad del Secreto Bancario ante la  
necesidad de información para combatir el  
Crimen Organizado***

Estudiante:  
**Juan Carlos Barboza Arrieta**

Tutor:  
Lic. Eduardo Mora Castro

[Escribir texto]

# Contenido

---

<b>Resumen</b> .....	<b>3</b>
<b>Abstract</b> .....	<b>4</b>
Vulnerabilidad del Secreto Bancario ante la necesidad de información para combatir el crimen organizado.	
• <b>Generalidades del Secreto Bancario</b> .....	<b>5</b>
Elementos Teóricos	
• <b>Concepto</b> .....	<b>8</b>
Fundamento Jurídico del Secreto Bancario	
• <b>Fundamento Contractual</b> .....	<b>13</b>
• <b>Fundamento Extracontractual</b> .....	<b>14</b>
• <b>Fundamento Legal</b> .....	<b>14</b>
• <b>Fundamento Constitucional</b> .....	<b>15</b>
Secreto Bancario en Costa Rica .....	<b>17</b>
<b>Límites al Secreto Bancario</b> .....	<b>18</b>
<b>Crimen Organizado, Lavado de Activos</b> .....	<b>21</b>
<b>Secreto Bancario vs. Legitimación de Capitales</b> .....	<b>23</b>
<b>Conclusiones</b> .....	<b>31</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>32</b>

## **Resumen**

El presente artículo tiene como objetivo realizar un análisis detallado acerca del Secreto Bancario, el cual ha tenido, en nuestro país, un desarrollo un poco lento en comparación con otras legislaciones que garantizan la seguridad y confidencialidad en las operaciones y giros bancarios.

La confianza, que depositan los usuarios, puede catalogarse como el detonante para la existencia del secreto profesional en esta área, pues los funcionarios e instituciones financieras tienen el deber de no revelar información, y en caso de hacerlo, podrían verse penal y civilmente afectados.

Recientemente, Costa Rica se vio envuelta en un escándalo internacional causado porque la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico la incluyó dentro de una lista de llamados “paraísos fiscales”, por no tener legislación que prevea actos irregulares o ilícitos provenientes del Crimen Organizado. Empero, días después fue borrado, debido al compromiso hecho por nuestras autoridades de flexibilizar los controles y la normativa que existe para obtener información confidencial.

Lo anterior hace pensar la clara intención de eliminar el Secreto Bancario y evolucionar a otra normativa, la cual permita una libre disposición y tráfico de la información de aquellos clientes bancarios, entre otras cosas.

Haciendo uso de del método de investigación bibliográfico, se logra demostrar la desprotección jurídica a la que se enfrentarían los usuarios si se flexibiliza la normativa que se refiere al Secreto Bancario, y se concluye con la necesidad de permitir el ingreso de nuevas causales para obtener el levantamiento del Secreto Bancario, gozando de la intervención jurisdiccional.

**Palabras Claves:** Secreto Bancario, confidencialidad, confianza, derecho a la intimidad, derechos fundamentales, legitimación de activos, narcotráfico, sistema bancario nacional.

## **Abstrac:**

The main objective of this article is to analyze the bank privacy in Costa Rica which had have a slow development in comparison with other countries regulations that guaranty the security and confidentiality in the bank transactions.

The main reason for creating the professional secrecy in this area is the naïve clients, as the public officials and the financial institutions have the duty to undisclosed any information if they do, they could find their selves penal and civilly involved.

Recently; Costa Rica was involved in an international scandal because the Organization for the Cooperation and Economical Development included the country in the fiscal paradise list, since it did not have legislation that regulated the Organize Crime illegal acts. However; the country was taken out of the list, since the authorities committed them selves to restrain the controls and rulings regarding the bank secrecy in order to reveal confidential information.

This demonstrates a significant intention to eliminate the bank privacy and evolve to another type of regulation that permits a free disposition and traffic of information to capture untruthful bank clients.

The use of the method of bibliographic investigation illustrates the lack of protection that the bank clients will experience if the bank privacy regulation is restrained. It also demonstrates the necessity of creating new reasons for disclosing the bank privacy with the jurisdictional intervention.

**Keywords:** Bank Privacy, bank secrecy, Confidentiality, Trust, Intimacy right, Fundamental rights, Legitimizing of assets, Drug trafficking, National banking system.

# *Vulnerabilidad del Secreto Bancario ante la necesidad de información para combatir el Crimen Organizado.*

*Juan Carlos Barboza Arrieta*<sup>1</sup>.

---

## **I. Generalidades del Secreto Bancario**

Toda transacción comercial en la que comparezcan sujetos activos o personas con capacidad de actuar, que se realizan día a día como consecuencia de un dinamismo social, se encuentra ligada a una gama de obligaciones que gozan de una reciprocidad entre las partes, pues en todo caso ante la obligación de un extremo existe un deber por parte del otro. Precisamente, las obligaciones de las partes son las que permiten que el contrato o negocio jurídico como tal nazca a la luz respaldado por los Tribunales de Justicia de nuestro país, pues recordemos que el derecho privado ha consagrado que el acuerdo mediante el cual dos o más personas se comprometen a determinada cosa adquiere fuerza de ley para las partes que así se obligan.

Eduardo Barbier (2000) señala que *“los bancos se han transformado al pasar de ser entidades de carácter privado... en instituciones de verdadero interés público al servicio de la sociedad... de modo que en sus operaciones se alcance un equilibrio económico, monetario, político y social”*.

La función, que desarrolla el banco en la actualidad, se encuentra impregnada de un interés público, lo que ha hecho que se justifique la intervención normativa del Estado dentro de la actividad bancaria, ya que a esto debemos aunar el hecho de que son los bancos los encargados de recolectar grandes masas del ahorro nacional.

De esta forma, el desarrollo histórico de la Banca en sí y por ende, del Secreto Bancario, fue el producto de una civilización en la cual lo divino gozaba de gran poderío tal y como lo señala el autor Fabio Bueno (1997), ya que estos elementos tenían carácter de **reservados, ocultos, misteriosos o secretos**, por lo que se consideró que toda transacción en la cual se encontraba vinculado el factor económico, o bien, el patrimonio de determinado sujeto tenía un deber moral, que hoy se ha convertido en una obligación jurídica: el Secreto Bancario.

Así las cosas, el primer instrumento jurídico que hizo referencia al Secreto Bancario fue el Código de Ammurabi, pues al hacer referencia al estatuto del banquero

---

<sup>1</sup> *Bachiller en Derecho. Candidato a Licenciatura en Derecho con Énfasis en Derecho Empresarial, ULACIT.  
Correo: jcarlos3019@hotmail.es*

y a la obligación de mantener confianza, misma que se debe considerar innata a sus funciones, le permitía a modo de excepción, como señala María Guillén (1997), el revelar información confidencial únicamente a solicitud de la autoridad judicial cuando su cliente estuviese envuelto en algún conflicto de naturaleza económica.

Antonio Barbier (2000) determina que es claro que todos los sujetos gozamos de una serie de deberes y derechos que, al formar parte de un conglomerado social, son la base de una convivencia armoniosa, en la cual el Estado hace uso de sus potestades de imperio para garantizar la eficiencia y eficacia en el resguardo de los mismos.

La cercanía que tiene el Secreto Bancario con la subjetividad de los individuos ha hecho que en muchos casos se le considere algo externo, siendo que para Rudy Figueroa (2002), éstos pertenecen a los derechos denominados de la personalidad, separándose del resto de los derechos ordinarios.

El derecho de reserva o secreto, comúnmente denominado intimidad, tiene una base o esencia muy particular, pues obedece a la existencia de fallos judiciales que consolidaron poco a poco los presupuestos legales que abogan por la libertad personal, sobre este hecho Rudy Figueroa (2002) nos dice:

*“Así los primeros pasos fueron dados por fallos judiciales que empezaron en los primeros años del siglo pasado, a raíz de su primera mención hace cien años cuando se formuló por primera vez, en términos jurídicos, una nueva exigencia de libertad personal, desconocida hasta aquél entonces. Emergía como característica de la sociedad contemporánea el “right of privacy”. Esta expresión apareció como título de un artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, publicado en 1881 en la Harvard Law Review. Según ellos toda persona tiene el derecho a que los dejen solo, en paz y en su intimidad”.*

El autor supra indicado supone que: *“Con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se abrió la brecha para su definitivo reconocimiento a nivel internacional, sin dejar de lado la Convención Europea de los derechos del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos”.*

Estos instrumentos ampliamente reconocidos han establecido que el derecho a la intimidad (dentro del cual hemos estilado ligar al Secreto Bancario) es aquel que se encarga de proteger de forma jurídica la libre disposición de los individuos dentro del conglomerado social, sin importar el contexto o ambiente en el que se encuentren, ya que la divulgación de estas actuaciones a extraños puede significar un deterioro o detrimento de la esencia misma del derecho protegido, ya que en síntesis se protege al individuo mismo, es decir, este derecho *“implica el derecho o la potestad dada*

*originariamente al individuo, a ocultar ciertos datos que son considerados como personales, aunado a la exigencia de que los demás individuos no accedan a su conocimiento, ni mucho menos las difundan”. (Rudy Figueroa 2002)*

Víctor Pérez (1995) indica que *“El hombre es un ser de relación pero eso no significa que se entregue totalmente a la vida social”*. Esta afirmación deja al descubierto el hecho de que al ser humano le asiste la necesidad de conservar dentro del ámbito privado o íntimo algunos datos y verdades que son totalmente personales.

Del mismo modo, la Sala Constitucional en voto No. 678-91 de las 14:17 horas de fecha 27 de marzo de 1991, en lo que interesa expresa:

*“(…) el derecho del individuo a tener un sector personal, una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado”*.

Otros autores se refieren al derecho de reserva haciendo uso de relaciones de carácter netamente conceptual con el consagrado derecho de confidencialidad de la información, es así como Rubio Ferreira (1982) enfatiza:

*“Por fin, quizás sea la “informational privacy” la más importante faceta de la intimidad en el momento actual, y su defensa del medio más eficaz para proteger la reserva de la vida privada en todas sus formas. La intimidad con respecto a la información se manifiesta en dos direcciones: por un lado, la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida de una personal; por el otro, la posibilidad que corresponde a cada individuo de controlar el manejo y circulación de la información que, sobre su persona, ha sido confiada a un tercero”*.

De la anterior afirmación, se podría decir que se reconoce el derecho innato a la privacidad por el hecho de ser considerado “persona”, así como a la libre disposición que cada quien tiene de relevar o no ese secreto.

De tal manera, el derecho a la intimidad tiene un alcance más allá de los comportamientos sociales, ya que se extiende a la esfera patrimonial, dentro del cual podemos encontrar el Secreto Bancario, lo que ha permitido cubrir operaciones financieras, ya que la confidencialidad de ésta constituye un pilar de gran importancia para el derecho a la intimidad.

## **II Elementos Teóricos**

### **Concepto**

El derecho a la intimidad o derecho de reserva ha sido conceptualizado por Figueroa (2002) como:

*“aquel que se encarga de proteger jurídicamente la autonomía de los individuos, constituida a su vez, por hábitos y costumbres, así como las relaciones familiares, económicas, la salud y en general las acciones, hechos o datos que están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un perjuicio actual o eventual para la intimidad del dueño absoluto de esos derechos, el individuo mismo”.*

En otras palabras, la definición que nos brinda el autor se refiere a la potestad del individuo de ocultar o no divulgar ciertos datos por ser considerados como personales, mismos que podrían afectar su integridad si se dan a conocer o divulgan.

Por otro lado, Sáenz (1997) al referirse al Secreto Bancario señala “(...) *no divulgar o revelar aquella información sobre sus clientes y las operaciones que ha realizado o está a punto de realizar con sus clientes*”.

Del análisis de ambas definiciones podemos deducir la gran relación que tiene una con la otra, razón por la cual a través de los años y producto de una constante evolución, se ha ido considerando poco a poco el Secreto Bancario como parte del derecho mismo a la intimidad, pues este último es más amplio, es decir, no se limita únicamente a aquellos datos o información que se encuentre en manos del usuario, sino también a aquella información que se encuentra en manos de una entidad bancaria y que su revelación puede afectar la esencia misma del derecho a la intimidad.

Al respecto Herrera (2003) nos dice: *“En términos generales, podría definir al secreto bancario como una obligación impuesta a los entes financieros de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos que lleguen a su conocimiento como consecuencia del ejercicio profesional de la actividad bancaria”.*

La Sala Constitucional en los votos 8139-97 y 870-99 ha indicado:

*“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.”*

El Artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica vino a respaldar el Secreto Bancario, mismo que se ha considerado como indispensable en la protección de los intereses públicos del Estado y los intereses privados de sus clientes, veamos:

*“(…) Queda prohibido al Superintendente e Intendente, a los miembros del Consejo Nacional, a los empleados, asesores y a cualquier otra persona, física o jurídica, que preste servicios a la Superintendencia en la regularización la 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 las Superintendencias 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 orden de autoridad judicial competente.*

*c) La información solicitada para la Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica, por acuerdo de por lo menos cinco de sus miembros, en virtud de ser necesaria para el ejercicio de las funciones legales propias de ese órgano En estos casos, los miembros de la Junta Directiva y demás.*

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

*e) La información que requiera la Contraloría General de la República en ejercicio de sus atribuciones. Salvo en los casos que esta Ley establece, ningún funcionario de la Superintendencia o miembro del Consejo Nacional 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 los 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”.*

Herrera (2003) especifica que *“el secreto bancario nació como elemento necesario para asegurar la existencia de “confianza” y “confidencialidad” en las relaciones comerciales, por lo que desde hace aproximadamente mil años ese elemento ha formado parte de la actividad profesional que realizan los banqueros”.*

Sáenz (1997) nos dice que:

*“el secreto bancario o (reserva bancaria) es uno de los principales deberes que surgen de las relaciones comerciales –perfectas o imperfectas- entre los bancos y sus clientes, que obligan a las entidades a guardar información sobre sus clientes y las operaciones que han realizado o ha estado a punto de realizar con sus clientes. Es importante aclarar que el deber de discreción surge desde el momento en el que el cliente deposita en un banquero su confianza y releva sus planes y proyectos para adquirir o utilizar los productos o servicios bancarios, sin que sea necesario que se perfeccione algún negocio entre ambos”.*

Al realizar un análisis de ambas afirmaciones, tenemos que el Secreto Bancario ha marcado las pautas a seguir en las relaciones bancarias, de tal forma, que sin importar la perfección o no de un negocio jurídico entre las partes, el mismo nace, desde el momento en el que el cliente se apersona a la entidad bancaria con la finalidad de depositar sus bienes, otorgándole al banco un voto de confianza en la administración de su patrimonio.

En razón de lo anterior, la doctrina ha justificado la existencia del secreto bancario como tal, en donde primero que todo debe darse una relación de confianza en donde el cliente o cuenta cliente esté seguro de dar en depósito su dinero a una entidad y por ende, se garantice el que esa institución determinada no vaya a revelar elementos importantes sobre los giros operacionales que se realizan de forma interna, o bien, cualquier otro elemento que pueda significar lesionar los intereses del cliente.

El Secreto Bancario es una obligación impuesta a los agentes financieros de no permitir el acceso a información a terceros, sin que medie justa causa, de aquellos datos o información que tienen conocimiento gracias a la relación privada que existe entre el banco y su cliente.

Como hemos visto, la confianza que se le otorga al banquero dentro de la relación comercial existente es sumamente importante, de allí que sea considerado como un elemento fundamental.

Este instituto se adecua al quehacer de los bancos en defensa de la intimidad de la persona tal, es así como Diez Picazo (1971) define la intimidad como *“la esfera secreta de la propia persona que debe ser protegida contra las indagaciones e intromisiones ajenas”*, lo que quiere decir que la intimidad es un derecho de fondo, mediante el cual la persona goza de la potestad de impedir la intervención de otros sujetos y conservar un espacio exclusivo a su persona, el cual define su personalidad en relación con los demás.

A todo lo anterior debe aunarse la protección que brinda el Derecho Internacional al derecho a la intimidad, incorporándose la garantía de su inviolabilidad en sus diferentes manifestaciones, como por ejemplo las injerencias arbitrarias, el Artículo 12 de la Declaración de los Derechos Humanos lo protege de la siguiente forma:

*“...Artículo 12*

*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques...”*

Por su parte, el Artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos aclara lo siguiente:

*“...Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad*

*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

*2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

*3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques...”*

Reforzando aún más el derecho a la intimidad, el Artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone la inviolabilidad y circulación de la correspondencia:

*“...Artículo 17. Observación general sobre su aplicación*

*1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.*

*2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques...”*

Como vemos, esa necesidad por regular y resguardar el secreto bancario como parte del secreto a la intimidad ha sido sujeto de diversas legislaciones alrededor del mundo, sobre este particular, señala Rothe (2005): *“...Todos estos instrumentos tienen plena vigencia en nuestro ordenamiento, con lo que se presupone de la más amplia defensa de este derecho, incorporándose el secreto bancario como ostentación del mismo, que aseguran dentro de la actividad bancaria y financiera el respeto a la intimidad económica patrimonial”*.

El derecho a la intimidad puede estar referido no sólo al ámbito de los comportamientos sociales y de las conductas individuales, familiares y profesionales de los ciudadanos, sino también al ámbito patrimonial, lo que permite cubrir operaciones financieras, ya que la confidencialidad de esas operaciones constituye una evidente manifestación del derecho a la intimidad.

Por su parte, la Representación del Estado Costarricense en asuntos legales, la Procuraduría General de la República se ha pronunciado en diversas ocasiones respecto a los extremos de este derecho de la personalidad manifestando ideas como la contenida en el Dictamen C-037-200 del 28 de febrero del 2002, veamos:

*“El derecho a la intimidad es la traducción jurídica del reconocimiento del ser humano como ser individual. La plena realización del individuo exige la adecuada protección contra la indebida injerencia de terceros –ya sean sujetos privados o público – en su vida privada. Esta protección de la individualidad es una derivación del reconocimiento del ser humano como centro fundamental de todo sistema, o lo que es lo mismo, como razón de ser de cualquier sistema político, económico jurídico. El derecho a la intimidad, en su condición de derecho fundamental, es el reflejo de una manera de pensar, de una concepción del mundo en que la dignidad del ser humano es guía y medida de las actuaciones del Estado en el ámbito nacional e internacional”*.

### **III Fundamento Jurídico del Secreto Bancario**

El hecho de guardar secreto sobre los datos que conozcan de sus clientes, sin diferenciar el tipo de operación de que se trate y las consecuencias que pueda acarrear para las entidades bancarias, está basado muchas veces en una confusión entre el Secreto Bancario, por una parte, el secreto profesional y la inviolabilidad de documentos e información privada, por lo que hurgar en su fundamento jurídico, sea éste el secreto profesional, sea el derecho de intimidad, sea el deber contractual o extracontractual, permite gozar de un panorama más amplio, razón por la cual abordaremos esos temas.

#### **a. Fundamento Contractual**

Una de las teorías, que se han generado a lo largo de los años, es aquella que refiere que el Secreto Bancario se basa fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las partes, misma que se manifiesta de forma tácita o expresa, por lo que se dice que las partes pueden pactar expresamente la discreción por parte del Banco, mismo que en última instancia tendrá en su poder la información del cliente, lo anterior evidentemente bajo el principio de libertad contractual, sin embargo, actualmente, la cláusula de confidencialidad en las relaciones bancarias, muy pocos bancos la emplean en sus contratos, empero de ellos, los propulsores de esta teoría sostienen que aún y cuando ésta no se encuentre de forma expresa, sí existe una obligación o pacto implícito como consecuencia de la relación de confianza otorgada.

Por su parte, el sistema financiero inglés ha tomado una posición contractual más clara, basada en el Common Law, al respecto Guillén (1997) nos dice:

*“el secreto bancario encontraba su fundamento en una cláusula implícita contenida en el contrato celebrado entre el Banco y su cliente, e igualmente, definió el secreto bancario como el deber del banquero de mantener en secreto aquellos datos de su cliente que derivasen de una relación con él, pero considerando a éste como un deber restringido sujeto a las limitaciones impuestas por ley, el interés público, el interés del Banco y el interés del cliente”.*

El sistema financiero suizo señala como fundamento del Secreto Bancario el contrato mismo, por lo que impone sanciones en el Artículo 47 de la Ley Federal sobre Bancos y Cajas de Ahorro, a aquel que viole o induzca a otros a lesionar el principio de confianza:

*“1. Quien divulgue un secreto confiado a él en su condición oficial, empleado, agente autorizado, liquidador o comisionista de un banco, o como un representante de la Comisión Bancaria (...) y quien trate de inducir a otros a que viole el secreto profesional, será sancionado con prisión por un término que no exceda de seis meses o con una multa no superior a 50.000 francos suizos”.*

#### **b. Fundamento Extracontractual**

Esta teoría, entre otras cosas, supone una responsabilidad del Banco por los daños que injustamente sean ocasionados a sus clientes, ante la negligente divulgación de los datos o información que se encuentre en su poder y que fueron confiados tácitamente en la relación comercial existente.

#### **c. Fundamento Legal**

La norma positiva posee un valor de gran peso para lograr fundamentar la existencia del Secreto Bancario como tal. Las leyes, reglamentos y directrices nos permiten hablar de una responsabilidad de carácter contractual, o bien, extracontractual.

En razón de ello, hemos visto como las diferentes regulaciones han incluido dentro de sus normativas diversos tipos penales con la finalidad de sancionar a aquellas personas que violen el secreto profesional, en nuestro caso, al ser un Estado de derecho, estamos regulados por el principio de legalidad.

Esta posición es la que ha seguido la Sala Constitucional de nuestro país. En los votos 5355-94 y 5507-94, se manifiesta que el Secreto Bancario no tiene rango constitucional alguno, ya que no pasa de ser una de las características que el mismo legislador ha elegido para nuestro sistema, por lo que su importancia no debe desviarse de lo legal.

Sobre este tema, la Sala ha señalado en voto 041 7-95:

*“...el secreto bancario no pasa de ser una de las características que el legislador ordinario ha elegido para nuestro sistema. Consiguientemente su trascendencia es únicamente legal. No debe perderse de vista que el código de comercio prevé la confiabilidad de las cuentas corrientes, es decir; el detalle y el funcionamiento de la cuenta corriente lo que es distinto a la conducta*

*comercial de los usuarios de los servicios bancarios que puede ser registrado a fin de que sirva como parámetro para prever su comportamiento futuro cuando se trate de concederle un nuevo préstamo. La Sala no estima irrazonable que los bancos lleven un registro de la conducta de sus clientes y que ello sea un elemento a tomar en cuenta cuando se trate de aprobar un nuevo crédito...”*

#### **d. Fundamento Constitucional**

Este elemento ha sido considerado por muchos como el verdadero fundamento del Secreto Bancario, debido precisamente a que se toma como una manifestación del derecho de reserva o intimidad consagrado en la norma constitucional, ya que como señala Rothe (2005) su fundamento reside en “*valores o principios constitucionalmente reconocidos y protegidos*” (Guillen 1997), además, enfatiza, en que el secreto bancario resulta ser una garantía y manifestación de derechos fundamentales como el honor, la intimidad personal, familiar y la imagen, que se relacionan en forma íntegra a otros derechos fundamentales tales como la vida, la integridad física y la libertad en el ámbito patrimonial de los sujetos”.

El Secreto Bancario encuentra su génesis en la libertad, en tanto que la institución bancaria, obtiene a partir de la revelación de las informaciones personales de sus clientes, la capacidad para realizar la intermediación financiera que entre otras cosas viene a asegurar el desarrollo de la libre empresa y la distribución de la riqueza.

Nuestra Constitución Política estipula la consagración del derecho a la intimidad y la vida privada como un derecho fundamental, veamos:

*“...Artículo 24. Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.*

*Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en que casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.*

*Igualmente, la Ley determinará en cuales casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga*

*cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuanto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción.*

*Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas, podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control, serán responsabilidad indelegable, de la autoridad judicial.*

*La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.*

*Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuales otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.*

*No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación...”*

Con todo y el valor que pueda adquirir el Secreto Bancario amparado en la tutela constitucional, es un hecho que la misma no puede ser del todo aceptada como tal, clásico en cualquier institución jurídica, debido a la diversidad de criterios. Decimos esto, puesto que para muchos, una de las principales críticas que puede recibir esta posición constitucionalista, es aquella que niega que al Secreto Bancario se le puedan atribuir límites legales que eventualmente se le puedan imponer al derecho de reserva, lo anterior debido a que en el coinciden más intereses que los del cliente, el cual en última instancia lo que busca es la protección de su intimidad. Más allá de esto, se cuestiona el hecho de que debería tomarse en cuenta la posición en que se encuentra el banquero o la institución financiera en los casos en donde se llega al límite de donde el Banco debe brindar información considerada como confidencial.

Al respecto Guillén (1997) señala:

*“el derecho a la intimidad no puede ser considerado como fundamento del secreto bancario, porque aunque en éste*

*coinciden un deber, el del Banco a oponerse al levantamiento de datos del cliente frente a terceros y, correlativamente, un derecho del cliente a reclamar esta oposición del Banco para defender su intimidad, ello no significa que el Banco está autorizado para defender el derecho a la intimidad de su cliente. El Banco únicamente podrá argumentar su negativa a contestar en base al deber de secreto bancario al que está sujeto”.*

#### **IV El Secreto Bancario en Costa Rica**

En nuestro sistema se conjugan dos intereses perfectamente definidos:

- a) el interés privado representado por lo que pretenden los clientes, así como las instituciones financieras,
- b) y el interés público, representado por lo que pretende el Estado.

El cliente quiere confidencialidad y la institución le ofrecerá discreción, que constituye una condición profesional para que la relación entre cliente y la institución sea eficiente, los negocios se realizan dentro de la confianza recíproca. (Eduardo Barbier, 2000)

El Estado busca fortalecer el sistema financiero, su estabilidad y crecimiento, lo que dependerá en gran medida de la confianza del público, pues como indican los autores Luis Morales, Lidieth Rodríguez y otros, en su obra “El Secreto Bancario”, ésta se “adecua al quehacer de los bancos en defensa de la intimidad de la persona”.

Los deberes que imponen las normas que, en materia penal, resultan inherentes a la actividad bancaria, ya que tienen como fin salvaguardar la relación cliente – banco, procuran la utilización legítima de la información que se le proporciona al Banco, de tal manera que no se deteriore la relación de confianza entre ambos.

Toda actividad bancaria que involucre contratos o solicitudes de cualquier otro tipo de relación con particulares, debe estar amparada al secreto o reserva bancaria, no solamente como lo indica el artículo 615 del Código Comercio al señalar que “*Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras*”, sino que las operaciones que efectúan los particulares con los bancos del sistema financiero nacional, constituyen documentos privados que están amparados, por lo que al respecto el Artículo 24 de la Constitución establece, salvo aquellos casos en los que por mandato legal se prevé.

El Secreto Bancario, más en nuestra legislación que en ninguna otra, se presenta como uno de los puntos medulares del eterno conflicto entre el interés individual o particular y el interés colectivo o general. El conflicto se da entre el derecho

de reserva o a la intimidad del particular, o cliente de la entidad financiera y el derecho colectivo a mantener sanas las arcas de dichas instituciones, libres de cualquier injerencia legal, como lo es el “lavado de dinero”.

Nuestra legislación no logra explicar si por omisión o más bien, por exceso de protección del bien colectivo se han dejado abiertos portillos muy peligrosos que pueden arrojar consecuencias, siendo una de ellas la legitimación de capitales.

Malagarriaga (1976) ha manifestado que:

*“(…) ahora bien, el secreto bancario (y yo agregaría el secreto bursátil), si bien integra, sin duda, este conjunto de derechos, constituye una especie dentro del género más amplio y, consiguientemente, ofrece particularidades distintas y caracteres no coincidentes con los que presentan otros integrantes de la categoría. Así, resulta evidente que la asimilación entre el secreto que se asegura a las actividades bancarias, y el que protege la intimidad del hogar, por ejemplo, no puede ser plena y que todo intento por encasillarlos en idéntica categoría tropezaría dificultades insalvables, porque, sin duda, la actividad que realiza una persona en relación con una institución financiera representa un menor grado de “privacidad”, de intimidad o de “aislamiento” que la que efectúa en el seno de su hogar, y, por lo tanto, el tratamiento jurídico no puede ser idéntico. Sin embargo, esta diferente graduación en la intensidad del secreto no altera su esencia, y, en ambas situaciones, nos encontramos en presencia de actos excluidos de la curiosidad de los terceros”*

Estos dos tipos de secretos están fundamentados, en buena parte, en la buena fe y la confianza que debe predominar en cualquier tipo de contratación de índole financiera, mas esto no genera un punto de solidez en cuanto al derecho de reserva de los individuos, que son usuarios de los sistemas financieros mediante las diferentes operaciones bancarias, ya que es un hecho que están condicionados por el choque de intereses; siendo aquí donde se originan los límites del Secreto Bancario.

## **V. Límites del Secreto Bancario**

En cuanto a los límites que posee este instituto, la doctrina es clara al afirmar que son básicamente de dos tipos: naturales o legales.

Resulta importante recordar el numeral 615 del Código de Comercio, pues incluye dentro de su redacción límites de los dos tipos, veamos:

*“Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras”.*

Los límites naturales tienen un carácter predominante de consentimiento expreso por parte del cliente, quien como titular de la información es el más interesado de que no se dé una revelación ilegítima de aquellos datos que gozan de la calificación de ser privados.

Al respecto, María Guillén (1997) indica:

*“El consentimiento expreso del cliente al levantamiento del secreto bancario constituye un límite admitido unánimemente por la doctrina, que debe ponerse en relación con el carácter renunciabile del derecho a la intimidad en general que tiene toda persona tanto física como jurídica (...) Una renuncia absoluta del derecho a la intimidad sería contraria a su esencia misma por cuanto este derecho integra el ámbito de derechos de la personalidad”.*

En este mismo orden de ideas, no se trata de ninguna manera de una renuncia absoluta al derecho de reserva o Secreto Bancario, sino más bien un permiso parcial y voluntario que al efecto confiere dicho secreto, dentro de los que podemos enunciar:

- Autorización expresa del cliente.
- Cuando el cliente le solicita al banco una referencia de crédito para un tercero y con ello, faculta a su banco a revelar asuntos que sólo él conoce.
- Cuando hay un tercero con derecho a cierta información sobre el cliente, como es el caso de fiadores o codeudores.
- Cuando con el objeto de obtener alguna facilidad crediticia con un banco, se le autoriza para que investigue y verifique, inclusive comparta con otros bancos, la información que se le ha suministrado.

- Cuando se da un conflicto entre el Banco y el cliente, permitiendo este último el levantamiento a efectos de solucionar el problema.

Por otro lado, podemos encontrar los límites legales, siendo éstos los que obligan al funcionario bancario a revelar la información considerada como un secreto, mediante una orden de tipo legal y constitucional.

Nuevamente, hacemos uso del Artículo 615 del Código de Comercio, pues indica: “(...) *los Bancos sólo podrán suministrar información... por orden de autoridad judicial competente*”.

Son reconocidos en el ámbito constitucional estos límites, cuando el Artículo 24 de la Norma Superior dice que:

*“...Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento”.*

Los fines en los cuales se puede levantar el Secreto Bancario, sometiendo la solicitud al proceso judicial son:

1. Para los casos en los que Tribunales de Justicia puedan ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, casos que deben ser absolutamente indispensables para poder aclarar asuntos que sean sometidos a su conocimiento, así como también para cualquier tipo de intervención de comunicaciones.
2. El Ministerio de Hacienda para que puedan revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios, siempre y cuando se cuente con la respectiva orden judicial.
3. La Contraloría General de la República para que puedan fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos, también con una orden judicial.
4. La Administración Pública para la revisión de los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos, con una orden del juez competente.

Como vemos, en todos los casos previstos se debe contar con la respectiva orden judicial, es decir, se debe someter el proceso de levantamiento del Secreto Bancario al establecido por los Tribunales de Justicia de nuestro país.

De esta forma, la ley especial a la que se refiere el Artículo 24 constitucional es la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, No. 7475 del 1 de agosto de 1994 y publicada en La Gaceta No. 171 del 8 de setiembre del mismo año.

La ley sobre Estupefaciente, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas No. 7786, indica que se puede acceder a información bancaria siempre y cuando no se lesione el Secreto Bancario y la posibilidad del juez de ordenar la entrega mediante resolución fundamentada. Ahora bien, este secreto no es absoluto, pues como hemos visto existen casos en los cuales podrá ser quebrantado.

## **VI Crimen Organizado. Lavado de Activos**

Históricamente el delito de Legitimación de Capitales no vio la luz como delito independiente, sino que deviene directamente del delito de tráfico o venta de drogas, o en su defecto, de alguna de las conocidas actividades conexas, sin embargo, primero es importante abordar una serie de conceptos significativos para la comprensión de este apartado.

Sáenz (1997) señala que *“...el lavado de dinero representa si se quiere la etapa final de toda la actividad del tráfico ilícito de estupefacientes, ya que en este momento el narcotraficante pretende ocultar jugosas ganancias económicas y hacerlas aparecer como lícitas”*.

Hernández (1993) nos dice que *“(...) la legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico constituye la infraestructura financiera del gran negocio del Narcotráfico; dentro de esta empresa el legitimador se ocupa de legalizar sus haberes y de reconvertir las ganancias. Se dice, en este sentido, que la actividad de lavado de capital no es sino la parte más importante de la actividad global del tráfico de drogas”*.

Como vemos, ambos autores son claros al señalar que el aspecto más importante del negocio del tráfico ilegal de drogas es precisamente el proceso mediante el cual el legitimador proceder a legalizar o legitimar sus haberes, a fin de convertirlos en lícitos, siendo el mercado bancario el mejor sitio para lavar cuantiosas ganancias.

Estas sumas son inyectadas dentro del sistema financiero de una nación, lo que perturba el futuro desarrollo eficiente y eficaz del mercado, pues el dinero existente proviene de fondos alcanzados lejos y al margen de la legalidad.

El Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, señala:

*“(...) el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y a la sociedad en todos sus niveles...”* (El subrayado no es del original)

En el Seminario sobre Lavado de Dinero del programa Internacional de Capacitación sobre Lavado de dinero realizado en San José, Costa Rica del 26 al 20 de enero de 1998, se indica:

*“El lavado de dinero es el proceso de tomar dinero en forma ilegal derivado de actividades ilícitas y darle al mismo la apariencia de haber provenido de fuentes legítimas. El objetivo de cualquier esquema de lavado de dinero es el utilizar capital proveniente de actividades ilícitas y darle la apariencia de actividades legítimas”.*

Del análisis de la definición anterior, podríamos definir la legitimación de capitales como aquella actividad u operación desarrollada por un sujeto llamado legitimador con la intención de legalizar, ocultar o encubrir fondos provenientes de un ilícito penal con la única intención de obtener ganancias y no ser descubierto por los regímenes bancarios de una Nación.

Sobre este particular Saint-Denis (1991) menciona *“(...) Definido simplemente, el lavado de dinero es el proceso mediante el cual el producto de actos ilegales es convertido en activos que aparecen como legítimos ocultando así su origen criminal...”*

Jorge Marcovecchino (2002) apunta que el delito de lavado de dinero consiste específicamente en *“la realización de múltiples maniobras que dificultan el rastreo de fondos de origen ilícito, y se profundiza en sus características más salientes, como su naturaleza dinámica e internacional”.*

Como hemos visto, al ser el lavado de activos un hecho que afecta no sólo los sistemas financieros de un Estado, sino también la economía nacional, vista ésta como un todo, es que se han establecido una serie de programas, leyes e instrumentos de carácter internacional con la única intención de dar lucha contra estas prácticas delictivas que cercenan el seno de una sociedad.

El fin jurídico tutelado en los delitos de legitimación de capitales es la economía nacional, ya que es a través de los sistemas financieros donde la delincuencia invierte el producto de sus ganancias (como se ha indicado), tratándose de una conducta que ataca el orden económico social, ya que repercute en generar problemas de inflación,

pues se crea una sensación de bienestar que aparte de no corresponder con la realidad de la actividad productiva del país puede generar una inestabilidad financiera.

El principio de legalidad le permite al Ordenamiento Jurídico desarrollar la *ius Puniendi*, sea la potestad del Estado de castigar o reprimir aquellas conductas que resultan reprochables para la comunidad, mismas que han sido recogidas en leyes, las cuales cumplen por entero los trámites necesarios para poder llegar a ser leyes, es decir, el principio de legalidad busca la Seguridad Jurídica, pues define cuáles son las conductas que serán reprimidas, eximiendo así al sistema de arbitrariedades.

Siendo tan importante la lucha contra el lavado de activos, y en vista de que el sistema bancario es el más afectado, ¿dónde queda el Secreto Bancario cuando se pretende acceder a información llamada confidencial amparada por normas de carácter internacional y de rango constitucional?

## **VII Secreto Bancario vs. Legitimación de Capitales**

El sector bancario resulta ser el medio más comúnmente usado para la Legitimación de Capitales, pues los requisitos que la banca ha establecido para acceder a sus servicios son muy pocos y sencillos, con la intención de captar más la confianza de los usuarios y por ende, el depósito de sus ahorros.

De esta forma, el Banco lo que le vende al cliente es la tranquilidad de que su dinero está seguro y que en el momento indicado puede disponer de él, además los bancos les ofrecen una ganancia a aquellas personas que le entreguen en custodia su dinero y les permitan, a la vez, que inviertan con ellos sea en Bolsa o bien, que le presten a otras personas para que se puedan desarrollar diversas actividades.

Así, señala César Castillo (1997):

*“(...) la captación de recursos financieros del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos, por cuenta y riesgo del intermediario, a cualquier forma de créditos o inversión en valores, independientemente de la figura contractual o jurídica que se utiliza o del tipo de documento, registro electrónico u otro análogo en el que se formalicen las transacciones”.*

Esa es la función que desempeñan los bancos y diferentes instituciones financieras, para lo cual deben someterse a los mismos controles y directrices que regulan a las Instituciones Públicas.

Además, en relación con lo anterior, podemos citar el Artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central, que dice:

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

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

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

*Los fideicomisos y fondos de administración que las entidades financieras utilicen para la realización de actividades de intermediación financiera estarán sujetos a las razones de suficiencia patrimonial, provisiones, límites de crédito y demás normas que dicte la Superintendencia, conforme a las potestades que le confiere esta Ley. Se exceptúan los fondos regulados en la Ley Reguladora del Mercado de Valores y la Ley de Régimen Privado de Pensiones Complementarias, los cuales se regirán por las normas especiales contenidas en esas Leyes”.*

El numeral citado establece como autorizados a llevar a cabo la función de intermediación financiera y centros de capacitación de recursos públicos, a través de los depósitos hechos por personas privadas, con la autorización y supervisión del Estado, como se indicó anteriormente.

La Ley No. 8204 sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas señala en su Artículo 14: *“Se consideran entidades sujetas a las obligaciones de esta Ley, las que regulan, supervisan y fiscalizan los siguientes órganos, según corresponde: La Superintendencia General de Entidades Financieras...”*

Básicamente, la labor de la Superintendencia General de Entidades Financieras en cuanto al lavado de dinero, en primer lugar, es intentar que en el país no operen las personas físicas o jurídicas que sin autorización lleven a cabo actividades relativas a la banca y en segundo lugar, presta la debida atención cuando haya de parte de alguna institución comunicación de transacciones sospechosas, no obstante, la SUGEF en materia de prevención de lavado, no ha tenido ese papel protagónico que se esperaba, lo que vino a provocar que sean las propias, pero escasas iniciativas bancarias las que desarrollen mecanismos de prevención.

El resultado de ello es una Institución que lejos de prevenir y reprimir el delito ha manifestado una severa ausencia que ha quedado de manifiesto a nivel internacional ante la solicitud realizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, veamos:

*“La presión internacional para que Costa Rica levante el secreto bancario en investigaciones tributarias podría subir a nuevo nivel a partir de hoy. Esto si el G-20 (Grupo de los 20 países más desarrollados) que se reúne este jueves y viernes en Pittsburgh, Estados Unidos, decide condicionar la cooperación internacional a todas aquellas naciones que incumplan con las “nuevas normas tributarias”. Para el caso local, eso significa evolucionar a una nueva legislación, que permita a los responsables de investigar los delitos fiscales acceder a la información bancaria de los contribuyentes, sin que medie la participación de un juez, tal y como lo ha pretendido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)”. (La República, 24 de setiembre de 2009)*

Sin duda alguna, esta solicitud lesiona de forma considerable el Secreto Bancario y por ende, la esencia misma del derecho a la intimidad, reconocido en diversos instrumentos de carácter internacional, como ya hemos visto.

Preocupa ampliamente el manejo que se le pueda dar a esta información que por años se ha considerado confidencial, pues el riesgo que pueda existir ante un mal uso podría verse incrementado.

Y es que la OCDE emanó un comunicado bajo el título “*The era of bank secrecy is coming to an end*” lo que perjudica desde nuestra óptica, de una forma considerable la esencia misma del derecho a la intimidad, en ese anuncio formal se indicó:

*“In London the G20 announced the end of bank secrecy; since then there has been unprecedented action to implement the OECD initiated and now globally endorsed standards of transparency and exchange of information in tax matters”.* (www.oecd.org/)

Lo anterior pone al descubierto la intensión del grupo de los países más desarrollados del mundo de sacrificar uno de los derechos innatos del ser humano, como lo es la intimidad, por establecer estándares o controles que garanticen la transparencia y permitan un mayor tráfico de información entre un país y otro, o bien, entre instituciones gubernamentales y organizaciones del extranjero. Pese a ello, el proceso judicial establecido en nuestro país para obtener el levantamiento del Secreto Bancario es la garantía de que no habrá abuso y que la información que se obtenga se utilizará para los fines solicitados. Actualmente, los investigadores pueden consultar las cuentas bancarias sólo si a la persona se le relaciona con crimen organizado o terrorismo.

Al respecto, en el periódico La Nación del 13 de abril de 2009, se exteriorizó:

*“San José (AP). Para cumplir el compromiso adquirido ante la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), autoridades de Costa Rica promueven la eliminación del secreto bancario sin la intervención de un juez para fines "estrictamente" tributarios.*

*La decisión de las autoridades costarricenses fue tomada luego de que la OCDE incluyó la semana pasada a la nación centroamericana en una lista de países considerados "paraísos fiscales" por la ausencia de colaboración en el suministro de información bancaria.*

*La OCDE excluyó días después a Costa Rica de la lista ante la promesa de modificar las leyes para adaptarlas a los requerimientos del organismo...”*

El artículo supra citado, obedece a un estudio realizado por la comisión encargada de la OEDC, en el cual se ubicó a Costa Rica, como una de las naciones que no ha acatado las reglas internacionales sobre este tema<sup>2</sup>, veamos:

<b>Jurisdictions that have not committed to the internationally agreed tax standard</b>			
<b>Jurisdiction</b>	<b>Number of Agreements</b>	<b>Jurisdiction</b>	<b>Number of Agreements</b>
Costa Rica	(0)	Philippines	(0)
Malaysia (Labuan)	(0)	Uruguay	(0)

Sin embargo, ya para el *“Progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in implementing the internationally agreed tax standard”*, y el *“Progress made as at 10th December 2009”*, Costa Rica fue excluido de esa lista, porque nuestras autoridades se comprometieron a modificar la legislación existente, antes de enero del 2010, tal y como se indica en la página de Internet de este organismo (OCDE):

*“The priority for the next six months is to advance quickly on the peer reviews and the monitoring of agreements. This will begin on 14 October when the Peer Review Group which was created in Mexico will have its first meeting. **First results will be available early in 2010**”.* (El destacado es nuestro)

Por otro lado, en nuestro derecho penal están contenidas disposiciones que obligan a los directores, administradores, consejeros, funcionarios y empleados de los bancos a guardar el Secreto Bancario, bajo pena de incurrir en responsabilidad penal por sus actuaciones. Se indica en el Artículo de la OCDE citado anteriormente:

*“...But the work is far from finished. There are still some jurisdictions that committed long ago to implement the standards but have not delivered...”*

Como se puede apreciar, son muchas las jurisdicciones que se han visto obligadas a modificar su legislación interna con la única intención de permitir un tráfico ágil de información, entre ellas la nuestra, sin embargo, se ha dejado de lado la importancia que tiene el mantener en secreto información que a lo largo de este trabajo

---

<sup>2</sup> \*Tomado de la página de Internet <http://www.oecd.org/dataoecd/38/14/42497950.pdf>

hemos considerado como confidencial y que de ser revelada inclusive podrían presentarse diversos delitos, como por ejemplo: la extorsión o el secuestro.

Dentro de las particularidades que presenta el Derecho Bancario, encontramos bienes jurídicos propios de su actividad, los que dada su importancia, son merecedores de una tutela penal, siendo parte de éstos la confianza del público en la organización bancaria, la eficiencia y la seguridad de las transacciones comerciales y de intermediación crediticia, la buena organización del sistema financiero y para los efectos del Secreto Bancario agregamos la libertad individual, la libertad personal y la inviolabilidad de la información privada.

Por otro lado, el artículo de la Nación, anteriormente citado indica:

*"...El Ministerio de Hacienda prepara un proyecto de ley que modificaría el artículo 105 del Código Tributario, pues solo permite levantar el secreto bancario para fines tributarios cuando ya se encuentre abierto un proceso de investigación administrativo o judicial.*

*Zúñiga aseguró que "Costa Rica no hace compromisos si no los puede atender" y adelantó que esperaría que "cuánto antes entre el proyecto (al Congreso) y que los diputados nos den los votos para salir de este embrollo. Costa Rica no se puede dar este lujo, tenemos que atender nuestros compromisos internacionales".*

*Recordó que el G-20 "dice claramente que aquellos países no cooperantes en esta materia pueden ser castigados y eso es importante..."*

En su calidad de persona, el sujeto crea una esfera de intimidad en su vida, bajo circunstancias normales o especiales, realizando actos, contratos o negocios jurídicos, en general, de carácter privado y en los que se crean o utilizan elementos estrictamente personales y cuyo tráfico, revelación, información o publicación, son en principio disponibles únicamente por el sujeto del derecho, como facultad intrínseca, por lo que modificar el Artículo 105 del Código Tributario podría traer consigo grandes consecuencias para esa facultad de privacidad que disponen los sujetos; y es que cuando un sujeto le entrega a la entidad bancaria información sobre el estado y actividad económica desplegada en el ejercicio de su vida privada, está disponiendo de su exclusivo derecho de libertad personal.

En este sentido, no podría interpretarse que la entidad bancaria pueda disponer libremente de la información que ha recibido. Por el contrario, a partir del momento en que el primer funcionario, empleado o administrador conoce información se inicia la obligación de guardar con carácter de secreto, todos aquellos datos que le han sido confiados.

Por otro lado, y en aplicación del Código Civil nuestro, si partimos del Secreto Bancario como un deber jurídico a cargo del Banco y en beneficio de su cliente o de otra persona con interés directo, resulta clara la responsabilidad del Banco y su correlativa obligación indemnizatoria en virtud del daño causado por la violación del Secreto Bancario.

La relación que se efectúa entre el cliente y el banco ocurre fundamentalmente a través de contratos de naturaleza mercantil, por lo tanto, entre el Banco y el cliente surge la responsabilidad de cumplir fielmente los compromisos aceptados por cada uno, tal y como señala Carlos Villegas (1985) en su obra: *“Lógicamente que si el Banco transgrede obligaciones contractuales, como las que devienen de la cuenta corriente bancaria, será responsable si su accionar doloso o culposo ocasionara perjuicios al cliente...”*

Por ejemplo, nuestra legislación al regular el contrato de cuenta corriente bancaria, impone a los bancos el deber de confidencialidad.

En el periódico La Nación del 29 de abril de 2009, se indicó: *“La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) asesorará al país en secreto bancario, intercambio de información y otros temas que solicita el organismo a los países...”*

Sobre este tema, particularmente, la Ley de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas contempla mecanismos diversos para la prevención y sanción de lavado de dinero, entre los cuales tenemos:

- a) Sanciona con pena de prisión de uno a tres años a los propietarios, representantes y funcionarios de Instituciones Financieras que faciliten la comisión de un delito de legitimación de capitales.
- b) Establece la obligatoriedad para las Instituciones Financieras de identificar a sus clientes y mantener registros con el objeto de prevenir operaciones de ocultación y movilización de capitales de procedencia dudosa y transacciones dirigidas a legitimar capitales provenientes de delitos graves.
- c) Las Instituciones deben contener cuentas nominativas, no podrán ser anónimas, ni bajo nombres ficticios.
- d) Deben verificar por medios fehacientes la identidad, representación y domicilio tanto de personas físicas como de jurídicas, principalmente en lo que refiere al otorgamiento de libretas de depósito, transacciones fiduciarias y arriendos de cajas de seguridad.
- e) Tienen la obligación de conservar por un período de cinco años la documentación de transacciones y de clientes.
- f) Toda institución financiera tiene la obligación de registrar en un formulario el ingreso o egreso de transacciones en efectivo, en moneda nacional o extranjera iguales o superiores a diez mil dólares.

Es importante indicar que eventualmente se podrían ampliar las causas que justifiquen el levantamiento del Secreto Bancario para investigaciones fiscales, siempre y cuando en estos procedimientos intervenga un juez como garante del proceso, ya que no se trate de un tema de privacidad de los bancos, sino más bien de los clientes que se apersonan a la entidad movidos por el voto de confianza existente.

## CONCLUSIONES

---

En nuestro país, el Secreto Bancario ha sido consagrado por diversas normas tanto nacionales como internacionales, lo que pone al descubierto que cualquier lesión o acto que perjudique la esencia misma de este derecho, puede significar agredir la masa de derechos fundamentales de todo ser humano, pues el sustento jurídico del Secreto Bancario reside precisamente en un ámbito de intimidad.

El Estado, como garante de la legalidad y transparencia de los procesos, es el que debe -bajo casos excepcionales- proceder con el levantamiento del Secreto Bancario, por medio de la jurisdicción tradicional, pues en caso contrario se correría el riesgo de que la información almacenada pueda ser mal usada en perjuicio claro de los usuarios. De la misma forma, cuando se da la autorización de intervenir, el juez está llamado a guardar total confidencialidad de toda información contenida, además de todos aquellos órganos encargados de la investigación.

Junto al contrato o servicio que ofrece una entidad bancaria o institución financiera, el usuario otorga un consentimiento, mismo que se ve manifestado por medio de la confianza depositada en esa entidad, es por ello que se habla de un deber de discreción, cuyo desconocimiento puede dar lugar a responsabilidad civil y penal, ya que las instituciones deben guardar silencio, siendo esta una obligación de no hacer.

Es evidente que dentro del Crimen Organizado se pretenda buscar mejores mecanismos que permitan la legitimación de mayores cantidades de dinero, siendo una de estas vías, el incorporar al sistema financiero sumas que fueron captadas por medio de alguna actividad ilícita, como consecuencia de las debilidades que tiene nuestro sistema bancario, lo que paulatinamente puede repercutir en la economía nacional, pues se crea un estado de confort fantasma.

Si bien es cierto, actualmente, se ha implementado una serie de mecanismos con la clara intención de evitar el lavado de activos, no obstante, aún quedan medios ideales que permiten ocultar o blanquear el capital de aquellos criminales, comúnmente llamados lavadores, sin embargo, el poner en prácticas medidas que faciliten el levantamiento del secreto bancario va en contra de la concepción misma de éste.

Pese a que nuestra legislación enumera cada uno de los casos en los que puede darse el levantamiento del Secreto Bancario, estas causales podrían ser ampliadas de forma tal que se permita acceder a información confidencial cuando se trate de investigaciones que corresponden a conflictos de carácter fiscal, siempre y cuando se cuente con la intervención jurisdiccional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

---

### **Libros:**

Barbier, Eduardo Antonio. (2000). Contratación Bancaria. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Bueno Rincón, Fabio. (1997). El Secreto Bancario. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia.

Castillo Incera, César y otro. (1997). El Contrato de Depósito Bancario. Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Castillo Murillo, H, y otro. (2003). Análisis Teórico y Político Criminal de las Implicaciones Jurídico Penales del Delito de Legitimación de Capitales Provenientes de Actividades Ilícitas, con énfasis en Narcotráfico. Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 9, N. 13

Ferreira Rubio, Delia Matilde. (1982). El Derecho a la Intimidad. Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina.

Figuroa Cruz, Rudy. (2002). El Derecho de Reserva en el Sistema Financiero Costarricense. Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica.

Hernández Ramírez Guillermo. (1993). El delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en la Legislación Penal Costarricense. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica.

Herrera Muñoz, R. (2003). El Secreto Bancario en el Proyecto de Ley de Ordenamiento Fiscal y en el Voto No. 3489-2003 de la Sala Constitucional. Revista IVSTITIA, Año 17, Número 195-196. San José Costa Rica.

Gilberto Villegas Carlos. (1988). La cuenta corriente bancaria y el cheque. Depalma, Buenos Aires, Argentina.

Guillén Ferrer María José. (1997). El Secreto Bancario y sus Límites legales. Biblioteca Jurídica Cuatrecasas, Valencia, España.

León, R. (1989). El Mercado de Valores en Costa Rica y el secreto bursátil. Revista IVSTITIA. Año 3, Número 34, San José, Costa Rica.

Marcovecchio, Jorge. Reciclaje del Dinero Mundial Ilícito. (Un estudio sobre paraísos fiscales y banca off-shore). Extracto obtenido en [www.google.com](http://www.google.com).

Malagarriaga, Juan Carlos. (1976). El Secreto Bancario. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

Méndez, O. (1994). Bancos Privados e Información Confidencial. Revista IVSTITIA. Año 8, Número 92. San José Costa Rica.

Sáenz Montero, M. (1997). El secreto Bancario y el Lavado de Dinero en Costa Rica. Revista Ciencias Penales. Año 9, Número 13, San José, Costa Rica.

Saint-Denis Paul. (1991). Medidas Recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero. Marco del Cuarto Seminario Regional Medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia Penal, San José, Costa Rica.

Villegas, Carlos Gilberto. (1985). Régimen Legal de Bancos y Análisis de la Ley No. 21.526 y su Reglamento. Ediciones Depalma S.A. Buenos Aires, Argentina.

### **Votos y Dictámenes:**

Sala Constitucional 8139 de 1997.

Sala Constitucional 870 de 1999.

Sala Constitucional 8127-1997.

Sala Constitucional voto 041 7-95.

Dictamen C-037-200 del 28 de febrero del 2002 de la Procuraduría General de la República.

Sala Constitucional 678-91 de las 14:17 horas de fecha 27 de marzo de 1991.

Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988.

Seminario sobre Lavado de Dinero del programa Internacional de Capacitación sobre Lavado de dinero realizado en San José, Costa Rica del 26 al 20 de enero de 1998.

## **Leyes**

Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, No. 7475 del 1 de agosto de 1994 y publicada en La Gaceta No. 171 del 8 de setiembre del mismo año.

La ley sobre Estupefaciente, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas No. 7786

Declaración de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. No 7558, Actualizada y Revisada al 10 de junio de 2005.

Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica 2005.

Constitución Política, Quinta Edición, Uruk Editores S.A., San José, Costa Rica 2001.

Código de Comercio, Colección de Códigos de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2005.

Código Civil, Colección de Códigos de Costa Rica, Investigaciones Jurídicas S.A. San José, Costa Rica, 2008.

Código Penal, Editorial Editec S.A. San José, Costa Rica, 2005.

Código de Normas y Procedimientos Tributarios, Colección de Códigos de Costa Rica S.A. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2007.

## **Periódicos:**

La Nación 13 de abril de 2009: ***Costa Rica gestiona eliminación de secreto bancario.***

La Nación 17 de noviembre de 2009: ***Transparencia Internacional: Secreto bancario es factor de corrupción.***

La Nación 29 de abril de 2009: ***OCDE asesora al país en secreto bancario***

La República 24 de setiembre de 2009: ***Crece presión para fulminar secreto bancario en el país.***

## **Páginas de Internet:**

[http://www.oecd.org/document/38/0,3343,en\\_2649\\_201185\\_43777958\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/38/0,3343,en_2649_201185_43777958_1_1_1_1,00.html),

búsqueda realizada a las 08 horas del 5 de diciembre de 2009.

<http://www.oecd.org/dataoecd/50/0/43606256.pdf>, búsqueda realizada a las 10 horas del 07 de diciembre de 2009.