

EL SECRETO BANCARIO Y EL «LAVADO DE DINERO» EN COSTA RICA

(Análisis y perspectivas de un problema social)

*Mánfred Sáenz Montero
Abogado del Banco Nacional de Costa Rica.*

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
ÍNDICE.....	81
I) INTRODUCCIÓN	82
II) EL SECRETO BANCARIO	82
II.a. Concepto, naturaleza y esencia del secreto bancario	82
II.b. Fundamento constitucional del secreto bancario	84
II.c. Límites al secreto bancario	85
II.d. Síntesis sobre el secreto bancario	87
III) LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES	87
III.a. Justificación para la represión del “lavado de dinero”	87
III.b. Concepto de legitimación de capitales	88
III.c. Fases de la legitimación de capitales	90
III.d. Síntesis sobre la legitimación de capitales	92
IV) LA REPRESIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES Y EL SECRETO ¿CONCEPTOS ANTAGÓNICOS?	92
IV.a. Los intereses contrapuestos	92
IV.b. La apertura reglada del Secreto Bancario	93
IV.c. La represión del “lavado de dinero” respetando las garantías individuales	94
V) CONCLUSIONES	95
VI) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	96

I) INTRODUCCIÓN

El fenómeno social -en ocasiones definido por el legislador como delictivo- de la legitimación de capitales provenientes de hechos ilícitos (llamado comúnmente "lavado de dinero"), es tan antiguo como el delito mismo. Este fenómeno delictivo -llamémosle así en concordancia con el ordenamiento jurídico costarricense- existe desde que el delito fue creado como tal, genéricamente hablando.

Por ello, la discusión en torno al panorama legal del secreto bancario y el "lavado de dinero" se remonta a los orígenes mismos de la banca moderna. Es cierto que esta polémica se ha visto rejuvenecida y revigorizada por las tendencias mundiales de las últimas décadas, de luchar contra el tráfico ilícito de drogas estupefacientes, sustancias psicotrópicas y actividades conexas, entre ellas la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.

Una controversia muy similar a la que el fenómeno jurídico-social del "lavado de dinero" plantea, la encontramos en la literatura jurídica y económica relacionada con el secreto bancario y el problema fiscal o tributario. Sin embargo, la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico presenta aristas muy interesantes y diversas que enriquecen su análisis y discusión respecto del secreto bancario.

Esta discusión actualmente dista de ser un tema exclusivo de los operadores del proceso penal o de las autoridades represivas en general, ya que -quíralo o no- el banquero moderno¹ está obligado a involucrarse en este polémico tema. Ello es así, porque hoy en día en el mundo de los negocios bancarios es imposible obviar el fenómeno de la legitimación de capitales ("money laundering" como en inglés se le conoce), puesto que las personas dedicadas a esta actividad utilizan -y cada vez con mayor intensidad- los servicios y productos bancarios que las instituciones bancarias y financieras no bancarias ofrecen.

Las consecuencias negativas de esta actividad -delictiva siempre que así lo defina la Ley Penal respectiva- en los sistemas financieros internacionales y en el nuestro en particular son muchas y de muy variada intensidad. En la medida que un "lavador de dinero" utilice las entidades bancarias y financieras no bancarias, ello podría socavar sus bases económicas, de igual forma podría dañar en forma irreparable la credibilidad y buen

nombre de la institución a nivel nacional e internacional, e inclusive ser objeto de sanciones -penales o no- aplicadas por organismos supervisores nacionales y por la comunidad financiera internacional.

Por estas razones, las entidades bancarias y financieras no bancarias deben interesarse en el tema del "lavado de dinero" y la forma de prevenirlo, lo cual les conducirá irremediabilmente a contraponer esta lucha preventiva con el instituto jurídico del secreto bancario, y en la necesidad de obtener una solución a la contraposición de intereses.

Precisamente, en el marco de este -si se quiere- conflicto de intereses deseamos contraponer los temas del "lavado de dinero" y el secreto bancario, mediante su análisis y definición -sin pretensión alguna de dar por agotada la discusión-, para presentar finalmente nuestra posición e inclusive recomendación.

II) EL SECRETO BANCARIO

II.a. Concepto, naturaleza y esencia del secreto bancario.

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 silencio, es decir, a no divulgar o revelar aquella información sobre sus clientes y las operaciones que ha realizado o ha estado a punto de realizar con sus clientes. Es importante aclarar que el deber de discreción surge desde el momento en que el cliente deposita en un banquero su confianza y le revela sus planes y proyectos para adquirir o utilizar los productos o servicios bancarios, sin que sea necesario que se perfeccione algún negocio entre ambos. En tal sentido nos indica MARTÍNEZ NEIRA:

"...Corresponde en efecto a un deber jurídico del banquero, de carácter profesional, consistente en guardar discreción sobre la información que recibe en ejercicio de su actividad, para hacer efectivo el derecho fundamental de los ciudadanos a su intimidad, a la confidencialidad, al respeto de la individualidad de la persona, que protegen las constituciones políticas y que forman parte de los derechos humanos.

¹ Con la expresión "banquero" nos referimos en general a los funcionarios responsables del funcionamiento de las entidades bancarias y financieras no bancarias.

En la relación comercial que se establece entre el banco y su clientela hay un elemento de confidencialidad muy grande que surge de la misma naturaleza de su actividad. Quien acude a él no sólo confía sus dineros, sino igualmente sus secretos, planes y cuestiones más íntimas, asistido por la convicción personal de que el banquero guardará sigilo acerca de los mismos. De allí que se afirme que la reserva bancaria es propiamente dicha una especie de reserva profesional...” (MARTÍNEZ NEIRA (B), 1994, pp. 306-307) (la negrita es nuestra).

Ahora bien, es una realidad innegable que encontraremos tantas definiciones de secreto bancario como autores consultemos, sin embargo y para nuestros efectos, consideramos muy apropiado el concepto que ensaya el autor CARLOS GILBERTO VILLEGAS:

“...Es el deber impuesto a los bancos y demás entidades financieras de no revelar las informaciones que posean de sus clientes y las operaciones y negocios que realicen con ellos.

Es una obligación que está implícita en la relación de confianza existente entre el banco y el cliente. Obligación de antigua data y que constituye la esencia de esa relación. Desde tiempos remotos, el banquero, y luego la banca, fue el confidente y consejero de quienes operaban con él.

Se trata de un elemento necesario a la actividad porque es inherente a su naturaleza y al propio interés de la profesión de banquero. Porque para que la actividad bancaria pueda ejercerse correctamente se requieren dos condiciones: en primer lugar, un conocimiento amplio de muchos aspectos íntimos de la vida comercial y de la composición patrimonial del cliente; y en segundo lugar, la seguridad, para éste, de que pueda confiar todos esos aspectos al banquero sin el temor de que sean divulgados...” (VILLEGAS (A), 1988, p. 159) (la negrita es nuestra).

Podemos apreciar a partir de las definiciones de MARTÍNEZ NEIRA y VILLEGAS, que el secreto o reserva bancaria no es un deber -ni mucho menos un concepto- que viene dado por el sistema jurídico que regula la actividad financiera de un país, todo lo contrario, es una característica inherente a la actividad bancaria en sentido amplio. Ello significa que no se puede hablar de actividad bancaria y financiera no bancaria sin aceptar como un elemento intrínseco el secreto bancario, ya que la confianza que el cliente tiene en el banquero para depositar en él sus planes y proyectos es -en nuestro criterio-, la piedra angular de toda la actividad bancaria.

En cuanto a la naturaleza propiamente dicha del secreto bancario, los autores han oscilado en decir que su origen es contractual, para otros surge como resultado de un uso o costumbre, un tercer grupo encuentra el sustento del secreto bancario en una relación extracontractual o cuasidelictual referida a los daños que pudieran producirse si se revelara la información brindada por el cliente. Y, finalmente, otros autores esgrimen la que consideramos la tesis más adecuada, en el sentido de que el secreto bancario se deriva -como una manifestación más- del secreto profesional. Sobre este particular VILLEGAS nos explica:

“...Para nosotros, el secreto bancario constituye una modalidad específica del secreto profesional. “El fundamento de esta obligación debe hallarse en las razones y motivos que justifican su existencia respecto de las profesiones en general”, expresa Supervielle Saavedra. Y citando a Gulphe, en nota al pie, agrega: “No se discute la existencia, en el plano moral, de una obligación al silencio a cargo del depositario de las confidencias ajenas. El derecho, sin embargo, no consagra este deber imperioso de conciencia, si no es en el caso particular en que se trata de hechos confidenciales, conocidos por una persona en el ejercicio o en ocasión de una profesión. La ley impide entonces formalmente su divulgación, y esta prohibición, que constituye la obligación al secreto profesional, está acompañada de una sanción penal”.

Se trata de un deber inherente a la naturaleza de la actividad bancaria, a la profesión del banquero. Está sobrentendido el interés que tiene todo cliente en que se guarde silencio respecto de los negocios y de las confidencias que hace a las instituciones bancarias y financieras en general. Es evidente, también, el perjuicio que puede acarrearle la revelación de esas informaciones...” (VILLEGAS (A), 1988, pp. 160-161).

Por lo anterior, es que hemos afirmado que la existencia del secreto bancario no está condicionada al marco jurídico de un sistema financiero en particular, puesto que es un deber inherente a la actividad bancaria y financiera no bancaria. Estas consideraciones nos permiten concluir sin temor a equivocarnos, que el secreto bancario en Costa Rica no está circunscrito exclusivamente a la cuenta corriente bancaria, en cuya regulación encontramos en el artículo 615 del Código de Comercio una norma expresa donde se consagra la reserva bancaria:

“...Artículo 615.- Las cuentas corrientes bancarias inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización

escrita del dueño, 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. Queda prohibida la revisión de cuentas corrientes por autoridades fiscales...”

Pero afirmar, a partir de esta norma mercantil, que en Costa Rica el secreto bancario opera únicamente en cuanto a la cuenta corriente bancaria, implica un desconocimiento total de la esencia misma de este instituto jurídico. Ello es así, porque hemos podido apreciar como el elemento de la confidencialidad (reserva o secreto) es connatural y consustancial a toda actividad bancaria y financiera no bancaria, indistintamente que el sistema jurídico lo reconozca o no, ya que -y en esto hay que ser claros- no podría realizarse actividad bancaria alguna si el cliente no tiene certeza de que la información que deposite en el banquero allí permanecerá. De forma tal, que no es cierto que la confidencialidad de los documentos en el Sistema Bancario Costarricense se circunscriba a la materia de cuentas corrientes en perjuicio del resto de la actividad bancaria y financiera no bancaria.

II.b. Fundamento constitucional del secreto bancario.

Como ya lo adelantábamos, en el ordenamiento jurídico costarricense sólo existe una norma legal que expresamente consagra la inviolabilidad del secreto bancario (artículo 615 del Código de Comercio), sin que ello signifique -como ya lo hemos dicho- que el resto de la actividad bancaria no esté protegida por el secreto bancario. Sin embargo, no podemos hablar sólo de una norma legal, ya que encontramos en los dos primeros párrafos del artículo 24 de la Constitución Política de Costa Rica el sustento necesario para afirmar que el secreto bancario comprende toda la actividad bancaria y no solamente la cuenta corriente bancaria, en la medida que se garantiza el “derecho a la intimidad”, intimidad -de los clientes- que es protegida mediante el secreto bancario:

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

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales y de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá de los votos de los dos tercios de los diputados que forman la Asamblea Legislativa, fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el secuestro, registro o examen de los

documentos privados, cuando ello sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento...” (la negrita es nuestra).

A partir de esta disposición la jurisprudencia constitucional ha reconocido que toda la actividad bancaria y financiera no bancaria está protegida por el secreto bancario, específicamente la Sala Constitucional mediante el Voto N° 578-92 de las 10.45 horas del 28 de febrero de 1992, estableció:

“...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...”

Si bien es cierto que del texto del artículo 24 Constitucional -citado- no se desprende ni regula expresamente lo concerniente al denominado secreto bancario, tal y como se le conoce técnicamente en el Derecho Bancario -según lo hemos visto ya-, y así lo ha reconocido la propia Sala Constitucional en el Voto N° 3929-95 de las 15.24 horas del 18 de julio de 1995, sí protege el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados, que son el sustento del secreto bancario en la medida que constituye una especie del secreto profesional. Así lo ha comprendido CÓRDOBA ORTEGA al comentar la jurisprudencia de la Sala en cuanto a esta norma de la Carta Magna, y en particular el Voto N° 5376-94 del -único y-máximo Órgano de la Jurisdicción Constitucional:

“...El derecho a la intimidad ha sido definido por la Sala como” “...derecho del individuo a tener un sector personal una esfera privada de su vida, inaccesible al público salvo expresa voluntad del interesado...” Como una de sus manifestaciones expresamente contempladas en la Constitución Política se encuentra la inviolabilidad de los documentos privados. Esta garantía protege la confidencialidad de los documentos e informaciones privadas, impide a los particulares el acceso a ellos y prohíbe a las instituciones los privados (sic) su suministro a terceros. **En este sentido, el secreto bancario entendido genéricamente como deber impuesto a las entidades**

financieras de no revelar informaciones que posean de sus clientes y las operaciones de negocios que realicen con ellos, constituye una de las manifestaciones del derecho a la intimidad y a la vida privada. Por lo que los documentos e informaciones que un cliente haya proporcionado a un Banco y las operaciones o negocios que haya pactado con él, se encuentran protegidos por el secreto bancario..." (CÓRDOBA ORTEGA, 1996, p. 101) (la negrita es nuestra).

En síntesis, en la medida que la Carta Magna costarricense y la jurisprudencia constitucional reconocen la protección a la intimidad, libertad e inviolabilidad de los documentos privados, encontramos en estos pilares el sustento necesario para la aplicación plena del instituto jurídico denominado secreto bancario o reserva bancaria a toda la actividad bancaria y financiera no bancaria, sin interesarnos si entre el banquero y el cliente se perfeccionó algún tipo de negocio mercantil.

II.c. Límites del secreto bancario.

Así como extraemos del derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados -consagrados en el artículo 24 Constitucional- el sustento necesario para la vigencia y aplicación del secreto bancario, a toda la actividad bancaria y financiera no bancaria en Costa Rica, también encontramos en la Carta Magna límites al derecho a la intimidad -y en consecuencia al secreto bancario- enumerados taxativamente:

"...Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad y a la libertad y el secreto de las comunicaciones.

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

Igualmente, **la ley determinará en cuáles 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 cuánto 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 y 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 fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, **determinará cuáles 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..." (la negrita es nuestra).

De tal forma, el derecho a la intimidad e inviolabilidad de los documentos privados -y por ende el secreto bancario-, podrá estar limitado por **leyes especiales** que deberán ser aprobadas por dos tercios del total de los diputados de la Asamblea Legislativa, las cuales sustentarán la actividad de:

i) Los Tribunales de Justicia en materia de registro, secuestro o examen de documentos privados, y para la intervención de cualquier tipo de comunicación;

ii) El Ministerio de Hacienda, para la revisión de libros de contabilidad y sus anexos para fines estrictamente tributarios;

iii) La Contraloría General de la República, para la fiscalización de la correcta utilización de los fondos públicos; y

iv) La Administración Pública -en sentido amplio-, para la revisión de los documentos que la ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia, para conseguir fines públicos.

Ahora bien, para nuestros efectos circunscribiremos el análisis a la actividad que desarrollen los Tribunales de Justicia, ya que al tratar en forma conjunta el tema de la legitimación de capitales, nos interesa confrontar el secreto bancario con la actividad que realizan las agencias represivas (policías, fiscales y jueces). Para ello recordemos que el párrafo segundo del artículo 24 Constitucional establece que será una ley especial -aprobada por dos tercios del total de diputados de la Asamblea Legislativa-, la que "**...fijará los casos en que los Tribunales de Justicia podrán ordenar el**

secuestro, registro o examen de los documentos privados...

Sobre este particular, por "Tribunales de Justicia" debemos entender únicamente los Tribunales -en sentido amplio- que conocen de la materia penal, es decir, aquéllos a los que le corresponde la aplicación del Código Penal y de Procedimientos Penales, ya que el secuestro, registro o examen de documentos privados son medios de prueba aplicables únicamente en lo penal, tal y como lo establecen los artículos 209, 210, 216 y 217 del Código de Procedimientos Penales.

La "ley especial" a que se refiere el segundo párrafo del artículo 24 Constitucional como un límite al secreto bancario en cuanto a los Tribunales de Justicia, en nuestro medio es la "Ley de Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones" (Nº 7425 del 1.º de agosto de 1994, publicada en "La Gaceta" Nº 171 del 8 de setiembre de 1994), en la que se dispone expresamente que cualquier perturbación a la intimidad -en cualquiera de sus manifestaciones- debe ser como consecuencia de la orden de un "juez competente". A modo de ejemplo, podemos citar el artículo 1.º de dicho cuerpo legal:

"...Artículo 1.- Competencia. Los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento.

Para efectos de esta Ley, se considerarán documentos privados; la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los vídeos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizada con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo..." (la negrita es nuestra).

La expresión utilizada por esta ley de "Tribunales de Justicia" podemos equipararla a "juez competente", pero en uno u otro caso debemos entender que el legislador en consonancia con la Carta Magna se refiere a una autoridad jurisdiccional que tramite o conozca de un proceso penal en el que se requiere información privada resguardada por el secreto bancario, y de acuerdo con la Legislación Procesal Penal vigente podría tratarse de una alcaldía en funciones de Juzgado de Instrucción por ministerio de ley, un Juzgado de Instrucción, Juzgado Penal, Tribunal Superior (de Juicio o de Apelaciones), Tribunal Superior de Casación Penal

o la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ya que tales órganos jurisdiccionales conocen de la materia penal, en la esfera de su competencia.

Sobre este tema en particular del "juez competente" diferimos del autor HERNÁNDEZ VALLE, para quien no existe distingo alguno en cuanto a la competencia del órgano jurisdiccional y al entender que la Carta Magna sólo autoriza la promulgación de una ley para limitar -en nuestro caso- el secreto bancario, al explicar:

"...iii. Secuestro, examen y registro de los documentos privados por parte de los tribunales de justicia.

Esta potestad excepcional de secuestro, examen y registro de documentos privados se otorga sólo a los jueces, sin importar la materia de su jurisdicción.

En la actualidad existen numerosas leyes que confieren tales facultades a los jueces; sin embargo, la reforma constitucional del artículo 24 pareciera exigir que todos esos casos se incluyan en un mismo texto normativo, pues habla en singular de "la ley", además que la misma deberá aprobarse y reformarse por dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa..." (HERNÁNDEZ VALLE, 1994, p. 397).

En apoyo de nuestra posición, podemos citar al Dr. CAIROLI MARTÍNEZ quien al comentar la legislación y jurisprudencia uruguayas analiza una forma común que utilizan algunos tribunales uruguayos no penales -tal y como sucede en Costa Rica-, para burlar el secreto bancario:

"...La sentencia se dictó casando el fallo de segunda instancia de un Tribunal Civil que había procedido a bloquear la cuenta de un cliente de una Institución bancaria de plaza, sin que se le proporcionara el número de ella, aunque sí se le daban datos para rastrear esa cuenta.

La Corte dijo, en la oportunidad de anular la sentencia de segundo grado, que 'es evidente que el Banco...como cualquier institución financiera, internamente conoce los números de cuenta de los depósitos de sus clientes, a los que puede llegar incluso con el único dato de su nombre, o por la fecha del depósito', 'pero de acuerdo con los datos proporcionados, el Banco no podía ir más allá de constatar que la cuenta individualizada estaba cancelada. Otra operación, como la referida en la demanda a f. 5 vto., el tipiado por número de expedientes, y/o por titulares, no suponía sino una averiguación incompatible con el deber de sigilo'. 'Se puede pedir el embargo del depósito efectuado en una cuenta bancaria, siempre que el mismo se encuentre debidamente individualizado,

pero la referida petición no puede mudar de naturaleza y convertirse en un procedimiento de averiguación, porque ello implicaría la violación del secreto bancario, siendo nuestra legislación...una de las más estrictas respecto a su protección. De haberse procedido como lo pretendía el actor, la investigación habría revelado indebidamente que además de la cuenta individualizada en el oficio que ordenaba el embargo (ya cancelada), existía otra que no era conocida por el acreedor'.

En consecuencia, para que se cumpla con un pedido de embargo sobre una cuenta, la solicitud debe ser acompañada de todos los elementos de individualización, esencialmente del número de ella, como modo de que no sea un procedimiento averiguación..." (sic) (CAIROLI MARTÍNEZ, 1996).

Por todo lo anterior, como límite al secreto bancario dentro del ordenamiento jurídico costarricense, en lo que se refiere a los "Tribunales de Justicia" -párrafo segundo del artículo 24 de la Carta Magna-, solamente los Tribunales Penales -en sentido amplio- están constitucional y legalmente autorizados para ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, es decir, sólo los Tribunales Penales podrán en los casos que la "**Ley de Registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones**" indique, quebrantar el derecho a la intimidad y la inviolabilidad de los documentos privados y, consecuentemente, el secreto bancario. Logrando con ello tener acceso a la información de la actividad bancaria y financiera no bancaria de los clientes, según la orden respectiva. Asimismo, como corolario, podemos concluir que todos los demás Tribunales de Justicia que no conocen de la materia penal, no están autorizados por el ordenamiento jurídico para quebrantar el secreto bancario y consecuentemente no podrán conocer la información amparada por este instituto jurídico.

II.d. Síntesis sobre el secreto bancario.

Si bien es cierto no hemos esbozado nuestro concepto sobre "secreto bancario" ya que ese no es el objetivo que perseguimos, sí hemos compartido expresamente nuestra posición con lo dicho por autores como MARTÍNEZ NEIRA (B, 1994) y VILLEGAS (A., 1988), en el sentido de entender al secreto o reserva bancaria como un deber jurídico inherente al ejercicio de la profesión de banquero, consistente en la obligación de guardar sigilo respecto de la información que los clientes -y aun los que no llegaron a serlo- depositaron en la entidad bancaria o financiera no bancaria como motivo

de dicha actividad, debido a la confianza depositada por el cliente en la institución respectiva.

Dicho deber de sigilo o silencio respecto de terceros es inherente a la actividad bancaria o financiera no bancaria, de ahí que no consideramos indispensable que una ley regule o mencione al secreto bancario, puesto que sin esa mención dicho instituto jurídico existirá, pero esto no significa que estemos en contra de su eventual regulación. Este carácter implícito del secreto bancario hace que no podamos concebir la actividad bancaria y financiera no bancaria, sin la existencia de la confianza del cliente y el deber de silencio por parte del banquero. Asimismo, ha quedado claro que el sustento jurídico del secreto bancario -como una manifestación del secreto profesional- reside en el derecho que tiene toda persona a un ámbito de intimidad, en el que nadie pueda ingresar sin su consentimiento, es decir, en un espacio reservado y confidencial.

Ahora bien, aunque en Costa Rica la Constitución Política reconoce este derecho a la intimidad y de ahí extraemos el sustento para la vigencia del secreto bancario, no se trata de un derecho absoluto, por el contrario, la propia Carta Magna señala que en casos muy calificados ese derecho cederá, y en consecuencia bajo ciertas hipótesis el secreto bancario podrá ser quebrantado.

Esto nos plantea el "quid iuris" de estas reflexiones, ya que el problema no se resume en estar a favor o en contra de la vigencia absoluta del secreto bancario, sino, en sustentar y comprender el porqué de una u otra posición. Y, digámoslo desde ahora, no somos partidarios de una vigencia absoluta e irrestricta de dicho instituto jurídico, por el contrario consideramos conveniente y necesario que esté limitado en situaciones muy particulares, como en el caso del "lavado de dinero". Sin embargo, antes de iniciar esta exposición, tratemos de comprender el fenómeno jurídico-social de la legitimación de capitales.

III) LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES

III.a. Justificación para la represión del "lavado de dinero".

Aunque para los técnicos en derecho la represión de la legitimación de capitales provenientes del "lavado de dinero" está sobradamente justificada, se trata de un tema no siempre del dominio de los banqueros y por ello es que brevemente examinaremos tal justificación.

Lo primero que debemos comprender es 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 sus jugosas ganancias económicas y hacerlas aparecer como lícitas, tal y como lo afirma HERNÁNDEZ RAMÍREZ:

"...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..."(HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p.11).

Esas cuantiosas ganancias producto del tráfico ilícito de drogas -como luego se verá- son inyectadas dentro del flujo normal del sistema financiero de un país, perturbando su normal desarrollo puesto que se trata de capitales obtenidos al margen de la legalidad, y para ocultar su origen recurren a toda clase de mecanismos, desde la extorsión y el soborno, hasta otros mucho más sofisticados desde el punto de vista financiero. De ahí que coincidamos plenamente con lo dicho -sobre este particular- en el Preámbulo de la "Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas" de 1988:

"...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..." (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p.145).

En idéntico sentido se expresa el ya citado autor HERNÁNDEZ RAMÍREZ, al señalar que:

"... 'El lavado de capitales' representa la etapa central dentro de la empresa del narcotráfico, de donde se derivan dos acontecimientos, necesarios para el dueño del capital: primero, se disfraza el origen ilícito de los fondos y; segundo, se ayuda a lograr su impunidad.

El campo de acción del 'Legitimador' es la estructura económica del país, allí invierte, el capital obtenido en el 'tráfico', en negocios lícitos. Se produce así, una influencia negativa en la vida económica financiera, la corrompe y la contamina, pues sus únicos motivos son: incrementar las ganancias y potenciar la organización narcotraficante..." (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p.11).

Ante esta real -y en algunos casos ya materializada- posibilidad de contaminar todo un sistema financiero con el flujo de dineros provenientes del narcotráfico, es que encuentra justificación su represión penal, por lo cual hacemos eco de las palabras de BERNAUS & MONTEVERDI:

"...La droga constituye un verdadero problema social que debe ser atendido por todos los países del mundo, nadie puede desligarse del control de la misma, su producción, su venta aun para fines terapéuticos.

La droga no sólo constituye un problema para aquéllos que la consumen, el meollo de la cuestión no radica sólo en ese aspecto, todo el submundo de la droga debe ser atendido con mucha seriedad, cualquier aspecto que descuidemos tendrá en el futuro graves consecuencias.

El tráfico y consumo de las drogas no constituye el único conflicto: el poderío económico que representa en el orden nacional e internacional, sus influencias en el mundo de la política y sus gigantescas operaciones de carácter financiero, los golpes de estado, en especial en los países americanos, donde los pueblos viven en la miseria. No podemos cerrar los ojos, pensando que estamos alejados de los países productores: la experiencia y los distintos procedimientos que realizan las fuerzas policiales, demuestran todo lo contrario..." (BERNAUS & MONTEVERDI, 1996, p. 14).

Ahora bien, pese a que el aspecto estrictamente técnico-jurídico puede que sea desconocido por el banquero moderno, en algunas latitudes sí hemos sido testigos de las nefastas consecuencias del "lavado de capitales" y por ello es que las entidades bancarias y financieras no bancarias deben interesarse por este confuso pero interesante tema, por el momento procedamos a estudiar el concepto de este fenómeno jurídico-social.

III.b. Concepto de "legitimación de capitales".

En términos simples podemos definir la legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos, como aquella actividad o conducta desplegada por el "legitimador" (o "lavador") para encubrir u ocultar el origen ilícito de una fuente de ingresos o de bienes en general, o la utilización de los mismos, cuando son el producto de un ilícito penal. Se trata de todo un proceso tendente a LEGITIMAR esos ingresos o bienes obtenidos como producto de hechos delictivos. En este sentido SAINT-DENIS indica:

"...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..." (SAINT-DENIS, 1991, p. 2).

Cuando hablamos de "lavado de dinero" -como comúnmente se conoce esta actividad-, lo relacionamos inmediatamente con los bienes provenientes del narcotráfico. Sin embargo, debe quedar claro que no sólo se legitiman capitales procedentes del tráfico de drogas, ya que el tráfico ilegal de armas, la trata de blancas, la evasión de impuestos, las defraudaciones en sentido amplio, del robo de vehículos, tráfico de diamantes, tráfico de obras de arte robadas, y cualquier otra conducta delictiva, generalmente produce bienes que necesitan ser "lavados".

Aunque en otras latitudes se sanciona penalmente la legitimación de capitales provenientes de cualquier hecho delictivo, en Costa Rica únicamente se tipifica como delito el "lavado de dinero" producto del narcotráfico, lo cual coincide con nuestro objeto de estudio. En este sentido, el artículo 17 de la "**Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas**", establece: "...Artículo 17.- Se impondrá prisión de ocho a veinte años a quien interviniera en cualquier tipo de contrato, ya sea real o simulado, de enajenación, de inversión, de pignoración, de cesión, de conversión, de transferencia, de guarda, o de encubrimiento de la naturaleza, origen, ubicación, destino o circulación de las ganancias, cosas, valores, títulos o bienes provenientes de los hechos delictivos tipificados en esta ley o del beneficio económico obtenido de dichos delitos, siempre que hubiera conocido ese origen y tienda con esas acciones a ocultar o encubrir el origen de los recursos, o a eludir las consecuencias jurídicas de esas acciones, independientemente del lugar donde esos actos ilícitos se hubieran cometido.

El favorecimiento personal del delito establecido en este artículo, será sancionado con la pena señalada para el autor. Cuando el tráfico de drogas o los delitos relacionados con esa actividad, aun los referidos a las conductas tipificadas en este artículo, se hayan ejecutado en el extranjero, su respectiva demostración podrá acreditarse por cualquier medio de prueba, siempre que se respeten las garantías establecidas en la legislación nacional y en las convenciones internacionales aceptadas

por Costa Rica en protección de los derechos del imputado.

Los bancos del Sistema Bancario Nacional deberán rendir los informes relacionados con las conductas tipificadas en el presente artículo, los cuales les soliciten el Ministerio Público o los jueces de la República, aun en la fase de instrucción preparatoria.

Los jueces podrán también ordenar que les sea entregada cualquier documentación o medio de prueba que los bancos tuvieran en su poder, cuando ello fuera necesario para una investigación.

La resolución que acuerde lo anterior deberá fundamentar, debidamente, la necesidad del informe o del aporte del medio probatorio..." (la negrita es nuestra).

De tal forma, el ordenamiento jurídico-penal costarricense tipifica como delictiva aquella actividad realizada por medio de instrumentos jurídicos -simulados o reales- tendentes a encubrir la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino o la circulación de bienes -en sentido amplio- provenientes del narcotráfico, ocultando el origen de dichos recursos para evadir las consecuencias jurídicas de la comisión de otros ilícitos penales. De igual forma, encontramos una definición bastante precisa -y muy similar a la adoptada por nuestra legislación- de este fenómeno delictivo en la "**Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas**" -también conocida como la "**Convención de Viena**"²-, al identificar -en el artículo 3 párrafo 1) inciso b)-, como "lavado de dinero":

"...i) la conversión o transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos, a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a)

² La Convención de Viena de 1988 actualmente es Ley de la República en Costa Rica, según la Ley N° 7198 promulgada por la Asamblea Legislativa.

del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos...” (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p. 149).

De tal forma, la acción de legitimar capitales provenientes del narcotráfico consiste en ocultar o encubrir el origen de los bienes -en sentido amplio- producto de dicha actividad ilícita, con la finalidad de evadir la acción de las agencias represivas (policías, fiscales y jueces) y así poder disfrutar de su poderío económico. De ahí que se afirme que el bien jurídico tutelado -al menos en Costa Rica por la estructura del tipo penal respectivo- es la administración de justicia, aunque esto no significa que la conducta desplegada por los “lavadores de capitales” no afecte intereses mucho más amplios -independientemente de la clasificación técnico-penal-, como la economía nacional, la buena administración pública y otros más:

“...Así las cosas, el delito de Legitimación de Capitales Provenientes de Narcotráfico es una infracción contra la Administración de Justicia, puesto que el sujeto activo tiene la pretensión de ocultar o encubrir el origen de los recursos económicos logrados por la comisión de delitos de tráfico de drogas o de delitos relacionados con esa actividad; ya sea para legitimar esos capitales o para ayudar al narcotraficante (sujeto encubierto) a eludir las consecuencias jurídicas de su delito (delito encubierto)...” (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p. 30).

Finalmente, tal y como ya lo hemos visto, el tema de la legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos es de interés mundial, tanto para los países como para los organismos financieros internacionales, ya que sus consecuencias son nefastas como ya sabemos. Por ello, a las entidades financieras -nacionales o internacionales- les interesa -o debiera interesar- este tema, porque además de socavar sus bases económicas, ya que el participar en esta actividad -aunque sea por simple negligencia- puede acarrear sanciones a nivel nacional -según la legislación interna- que implicarían hasta la pérdida de la licencia como banco, o a nivel internacional sanciones económicas que restringirían las relaciones comerciales con el “banco castigado”, lo cual podría implicar su cierre en algunos casos.

III.c. Fases de la legitimación de capitales.

Una vez que tenemos claro en qué consiste la legitimación de capitales (o “lavado de dinero”), procedamos a examinar cuáles son las fases en que se desarrolla tal actividad, para comprender de mejor forma este fenómeno delictivo. La comprensión de las fases en que se realiza el “lavado de capitales” no solo permite visualizar cómo y por qué son utilizadas las entidades bancarias y financieras no bancarias en esta ilegal actividad.

En cuanto a la actividad propiamente de “lavado de dinero” y para efectos de continuar con estas breves explicaciones, debemos indicar que en este proceso de legitimación han sido identificadas claramente tres etapas distintas³, que son:

- i) Fase de colocación o conversión.
- ii) Fase de encubrimiento u ocultación.
- iii) Fase de integración o creación de legitimidad.

Aunque -debe quedar claro-, nuestra intención en este momento no es exponer las formas más comunes y conocidas que utilizan los “lavadores” para legitimar los capitales provenientes del narcotráfico, pues sólo descamos explicar distintas fases o etapas de este fenómeno jurídico-social.

i) FASE DE COLOCACIÓN O CONVERSIÓN:

En este momento el narcotraficante enfrenta un serio problema, ya que como consecuencia de la venta “al menudco” de la droga, acumula grandes sumas de dinero en billetes de baja denominación que por el peso y la cantidad se tornan inmanejables, por ello necesita deshacerse del dinero en efectivo.

Se ha establecido que el “lavador” no tiende a “deshacerse” del dinero en efectivo en los países donde trafica, de ahí que recurra a múltiples mecanismos para trasladar el dinero efectivo a entidades bancarias o financieras no bancarias -generalmente a los conocidos “paraísos fiscales”-, tal y como lo explica SAAVEDRA ROJAS:

“...De manera regular la conducta aquí descrita es el cambio o mutación del dinero obtenido, por bienes o servicios, pero no necesariamente la convertibilidad debe

³ Además de la denominación de las etapas que explicaremos, también se les identifica como etapas de colocación, recubrimiento con capas, e integración del proceso de lavado de dinero. Otro autor habla de fases de inversión, acumulación e integración (ver HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 123-128). Sin embargo, los nombres no son lo importante, sino la comprensión de las etapas en sí.

entenderse en sentido tan restringido, porque puede ser igualmente referida de un bien a otro, sea cual fuere la forma contractual escogida para hacerla o encubriarla; puede ser por contratos reales o simulados, por la persona directamente interesada o mediante la utilización de terceros, es decir, de los clásicos testaferros...” (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p. 38).

En síntesis, esta fase se caracteriza por la conversión de grandes cantidades de dinero en efectivo en otras formas de dinero o activos, o cualquier otro instrumento financiero, siempre que con ello se solventa el problema de las grandes cantidades de efectivo que el narcotráfico genera, facilite el manejo del mismo y se oculte el origen del dinero o capitales.

ii) FASE DE ENCUBRIMIENTO U OCULTACIÓN: Una vez que el “lavador” ha logrado deshacerse del dinero en efectivo, y ha trasladado ese capital producto del narcotráfico a un lugar distinto de su origen ilícito, empieza la segunda fase. En esta etapa del proceso, una vez que el dinero efectivo ha sido convertido en instrumentos o activos que permiten su fácil manejo, se oculta o separa la fuente ilegal de las ganancias ilícitas, generalmente mediante complicadas transacciones financieras, o bien utilizando los más variados e insólitos mecanismos, cuyo límite será el ingenio de las personas dedicadas a esta actividad delictiva, recurriendo -casi siempre a las entidades bancarias y financieras no bancarias-

En este punto, recurrimos a la explicación de HERNÁNDEZ RAMÍREZ que consideramos muy apropiada:

“...si la fase de inversión fue exitosa, con esta segunda etapa el encubrimiento se hará cada vez más difícil de detectar.

Los métodos más importantes para desarrollar esta etapa de acumulación son:

- a- El numerario convertido en instrumento de pago.
- b- Compra de bienes materiales adquiridos con dinero efectivo que luego son vendidos.
- c- Transferencia electrónica de fondos (probablemente éste sea el mejor método y el más utilizado).

En esta segunda fase el encubridor tiene en sus manos un importante instrumento para ocultar el origen ilícito del capital: los paraísos fiscales del sistema bancario internacional. **En ese grupo de entidades bancarias el secreto bancario está garantizado y existen disposiciones muy estrictas y rigurosas que**

impiden su detección, seguimiento e investigación...” (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 125-126). (la negrita es nuestra)

Al término de esta etapa el “legitimador” (“lavador” o “encubridor”) no sólo ha separado el dinero de su fuente u origen ilícito, sino que ha borrado -en ocasiones de forma muy hábil- el rastro contable de dicho origen, encubriéndolo mediante complicadas y variadas transacciones financieras, o bien -por ejemplo- adquiriendo bienes en distintos países según sus intereses. Pero lo anterior no es suficiente para el “legitimador de capitales”, ya que en ese preciso instante inicia la tercera y última fase, que -en nuestro criterio- es la más perjudicial para los sistemas financieros nacionales e internacionales.

iii) FASE DE INTEGRACIÓN O CREACIÓN DE LEGITIMIDAD: En esta última etapa el “lavador” de dinero trata de dar la fachada o apariencia de legitimidad al dinero que ha encubierto. Se le conoce como de integración porque en este momento el “lavador” generalmente hace grandes inversiones (compra de joyas, obras de arte, todo tipo de bonos, etc.), o se implementan grandes proyectos de inversión de capital, es decir, inyecta el “dinero limpio” en los sistemas financieros nacionales e internacionales.

En este momento el objetivo del “legitimador” no sólo es encubrir -porque ya lo ha logrado- el origen o fuente del “dinero sucio”, se trata de invertir -de muy diversas formas- el “dinero limpio” (“lavado”) en la(o) economía(s) escogida(s), para que una vez integrado a un sistema financiero en particular esas ganancias aparenten ser lícitas, fundiéndose y confundiendo con el resto de las actividades lícitas de la economía infiltrada.

En lo tocante a las formas en que un “lavador de dinero” invierte los dineros provenientes del narcotráfico, en esta última etapa, HERNÁNDEZ RAMÍREZ nos explica:

“...Los métodos más empleados para realizar el proceso de integración son:

- a- Técnica de préstamo-retorno o autogarantizado. El encubridor tiene su dinero depositado en un banco en el extranjero, entonces solicita un préstamo a ese banco para realizar una inversión en su país, luego lo reembolsa como si fuera una transacción legal. De esta forma puede realizar un sinnúmero de operaciones de préstamo sin despertar sospecha.

b- Inversión directa. Se utiliza una Sociedad “pantalla” constituida en el extranjero y se invierte por medio de ella.

c- Compraventa de bienes inmuebles. Utilizándose en cada operación el sistema de doble facturación, el precio del bien objeto del contrato es muy inferior al precio fijado en la formalización de la venta, luego la diferencia del precio se deposita en una cuenta bancaria.

d- Utilización de falsas facturas de importación y/o exportación.

Según un estudio internacional sobre el tema y otras fuentes, los puntos de coincidencia de los distintos métodos utilizados para ocultar el origen ilícito del Capital del Narcotráfico, son:

- Creación de empresas “testaferro” y apertura de cuentas bancarias.

- Conversión de billetes de bajo valor por otros de mayor denominación.

- Depósito de cantidades inferiores a las que necesitan presentación de documentos exigibles por la legislación monetaria del país referente a transacciones en efectivo.

- Empleo de documentos falsos para justificar los depósitos y transferencias de fondos entre compañías de importación y exportación.

El legitimador del capital del narcotráfico puede hacer uso de cualquiera de las tres etapas citadas, la complejidad del proceso también hace que este tipo de delincuente se especialice en cualquiera de ellas...” (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 126-128).

Debido a que en esta fase el “lavador” introduce el dinero producto del narcotráfico dentro del desarrollo normal de un sistema financiero en particular, es por lo que opinamos que es la más perjudicial para la economía de un país o una región, puesto que tiende a confundirse con las actividades lícitas, y a corromper las estructuras administrativas, comerciales y la sociedad misma.

III.d. Síntesis sobre la legitimación de capitales.

A lo largo de este aparte se ha expuesto en qué consiste la “legitimación de capitales provenientes de hechos delictivos” -como el narcotráfico-, en palabras sencillas es aquella actividad desplegada para ocultar o encubrir el origen o fuente -ilícita- de esos recursos económicos, utilizando para ello todas las herramientas que un sistema financiero facilita para el desarrollo de las actividades comerciales lícitas. Se explicó como esta actividad delictiva, contamina y corrompe sistemas financieros por completo y la sociedad misma, donde sea que se lleve a cabo, de ahí que es imprescindible su

represión penal. De igual forma, a lo largo de la exposición de las distintas fases del “lavado de dinero”, hemos podido apreciar como son predilectos por los lavadores aquellos sistemas financieros (paraísos fiscales) en donde la vigencia del secreto bancario es absoluta, ya que ello les facilita en grado sumo el encubrimiento del origen de los fondos, lo cual pone en evidencia el conflicto que existe entre la vigencia absoluta del secreto bancario, y la investigación y represión de la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico como una conducta delictiva independiente.

IV) LA REPRESIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DE CAPITALES Y EL SECRETO BANCARIO ¿CONCEPTOS ANTAGÓNICOS?

IV.a. Los intereses contrapuestos.

Al momento de contraponer la represión de la legitimación de capitales y el secreto bancario debemos cuestionar, ¿son, realmente, conceptos antagónicos? La respuesta -en nuestro criterio- la podemos encontrar al definir cuáles son los intereses -jurídicamente hablando- que sustentan ambos conceptos.

Tal y como lo expusimos anteriormente, el secreto o reserva bancaria hace efectivo el derecho -fundamental- a la intimidad que todos tenemos, al impedir que la información depositada por el cliente en la banca en virtud de la confianza que le merece el banquero, sea conocida por terceros sin su consentimiento. Por su parte, al menos de acuerdo con el ordenamiento jurídico penal costarricense, el bien jurídico tutelado por el delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico, es la administración de justicia, en la medida que esta conducta delictiva -como se ha visto- tiende a encubrir el origen ilícito del capital producto del narcotráfico, procurando el narcotraficante el goce de esos recursos.

De tal forma, al contraponer la vigencia absoluta del secreto bancario y la represión de la conducta delictiva de legitimación de capitales, estamos confrontando un interés individual, como lo es el derecho a la intimidad, con un interés colectivo, consistente en la potestad de un Estado por mantener y aplicar el ordenamiento jurídico. Es decir, se nos plantea la bizantina discusión entre cuál es el interés que debe prevalecer, el individual o el colectivo.

Es claro que las entidades bancarias y financieras no bancarias son -y en realidad deben serlo-, muy celosas de cualquier intento por irrespetar o quebrantar el secreto bancario. Esta actitud no es criticable si hemos afirmado que la reserva bancaria es inherente a la actividad

bancaria y financiera no bancaria, a tal extremo que si el cliente pierde la confianza en su banquero, la banca como tal desaparecería. Sin embargo, este discurso no puede llevarse al extremo de pretender una aplicación absoluta del secreto bancario, en aras de defender un derecho fundamental como lo es el derecho a la intimidad o confidencialidad.

Si aceptamos que el “narcodinero”⁴ contamina y corrompe los sistemas financieros en donde es introducido, e inclusive la sociedad misma, es de vital importancia reprimir ese tipo de conductas, en función de salvaguardar un interés colectivo superior por medio de la Administración de Justicia. Es decir, la colectividad social representada por el Estado, por medio de la Jurisdicción procura mantener la vigencia del ordenamiento jurídico respectivo, sancionando penalmente conductas como la legitimación de capitales. En este sentido:

“...La mencionada conducta del encubridor del narcotráfico entorpece la función averiguadora y sancionadora de los delitos realizados por la delincuencia del narcotráfico. Tal función con rango constitucional, le corresponde al Poder Judicial realizarla, específicamente a los Tribunales de Justicia poseedores de la jurisdicción en materia penal.

Destacado así, el bien jurídico del art. 17 (legitimación de capitales), conviene admitir con Maggiore que ‘en sentido técnico, el término ‘Administración de Justicia’ tiene el mismo significado que ‘Jurisdicción’, es decir, indica el poder del Estado que tiene por objeto el mantenimiento y la actuación del Ordenamiento Jurídico. De forma que ‘incluye todas las formas de actividad que tengan alguna relación con el fin último de la justicia’.

La función de la Administración de Justicia es realizada, por el Estado, por medio de los miembros del Poder Judicial y por medio de los distintos instrumentos y acciones de carácter procesal...” (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, pp. 30-31).

Ahora bien, no podemos perder de vista, que si un sistema financiero es infiltrado y en consecuencia contaminado por el “narcodinero”, su credibilidad, prestigio y confianza se verán seriamente afectados, de forma tal que ahuyente a los inversionistas -valga decir lícitos-. Esta situación, irremediamente podría marcar el fin de un sistema o de una entidad bancaria o financiera no bancaria en particular, tal y como ocurriría si los usuarios de tales servicios pierden la confianza en la confidencialidad de sus banqueros.

IV.b. La apertura reglada del secreto bancario.

Lo dicho anteriormente plantea un serio problema, si no dejamos de aplicar en forma irrestricta el secreto bancario y nos oponemos a su apertura, nuestros sistemas financieros seguirán siendo utilizados por los “lavadores de dinero” para conseguir sus propósitos. Por ello, es que proponemos que la reserva bancaria se abra para facilitar la investigación y represión de la actividad delictiva conocida como legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.

No obstante, una apertura de tal naturaleza no puede llevarse a cabo en forma intempestiva, ya que si bien es cierto hemos afirmado anteriormente que la existencia del secreto bancario no depende de que así lo consagre un ordenamiento jurídico en particular, pues se trata de una característica o atributo inherente a la banca misma, estimamos que cualquier apertura debe ser reglada por una ley que armonice el derecho a la intimidad y el interés colectivo de administrar justicia.

Una ley que permita a las agencias represivas (policías, fiscales y jueces) tener acceso a la confidencial información en poder de las entidades bancarias y financieras no bancarias, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos, en el entendido que se tratará de una ley solamente aplicable por los jueces penales:

i) Debe reconocerse el derecho a la intimidad y confidencialidad como un derecho fundamental de las personas, en donde el secreto bancario es una manifestación más de esa garantía individual.

ii) Únicamente los jueces, o bien las autoridades jurisdiccionales, podrán autorizar la apertura del secreto bancario en vista de que se trata de una restricción al ejercicio de una garantía individual.

iii) Establecer la obligación para los jueces de fundamentar las resoluciones en las que se ordene a una entidad bancaria y financiera no bancaria, brindar información confidencial de sus clientes protegida por el secreto bancario.

iv) Especificar claramente bajo cuáles supuestos y bajo qué tipo de circunstancias podrá un juez, ordenar a una entidad bancaria o financiera no bancaria facilitar información confidencial.

v) Establecer sanciones tanto civiles como penales, para los funcionarios que divulguen la información bancaria (confidencial) obtenida al amparo de esa ley, a personas no obligadas a guardar sigilo o reserva sobre su contenido, para garantizar efectivamente el derecho a la intimidad y confidencialidad.

vi) Crear los mecanismos procesales pertinentes, para que en aquellos casos en que la orden emanada de

un juez no cumpla con las exigencias de esa ley, la entidad bancaria o financiera no bancaria -en salvaguarda del derecho a la intimidad tutelado por el secreto bancario- pueda impugnar tal resolución ante el Órgano Jurisdiccional de segunda instancia.

Porque aceptamos que el instituto jurídico conocido como secreto bancario es fundamental para el desarrollo de cualquier actividad bancaria o financiera no bancaria, es que estamos de acuerdo con su apertura para la represión del delito conocido como la legitimación de capitales, siempre y cuando se haga al amparo de una ley que reconozca el derecho a la intimidad y respete las pautas antes expuestas.

En apoyo de nuestra tesis sobre la apertura del secreto o reserva bancaria, recordemos que los países que han suscrito y aprobado internamente sin reservas la **“Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”** de 1988, conocida como la **“Convención de Viena”**, adquirieron la obligación de facilitar la información necesaria para la represión del **“lavado de dinero”** sin poder invocar el secreto bancario, tal y como lo establecen los párrafos 2 y 3 del artículo 5 de dicha Convención:

“...2. Cada una de las Partes adoptará también las medidas que sean necesarias para permitir a sus autoridades competentes la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, con miras a su eventual decomiso.

3. A fin de dar aplicación a las medidas mencionadas en el presente artículo, cada una de las Partes facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario...” (SAAVEDRA ROJAS & DEL OLMO, 1991, p. 153).

Al traer a colación la Convención de Viena en este aspecto, no pretendemos en modo alguno recurrir a un argumento de autoridad, lo que deseamos es subrayar que internacionalmente se ha reconocido la importancia de abrir el secreto bancario para la represión del lavado de dinero, salvaguardando un interés colectivo superior, tal y como lo explicamos antes.

IV.c. La represión del “lavado de dinero” respetando las garantías individuales.

A la vez que propugnamos una apertura -reglada- del secreto bancario para facilitar la investigación y represión de esta perjudicial actividad delictiva como lo es la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico, siempre garantizando al máximo el derecho a la intimidad y confidencialidad como garantía individual. Debemos preocuparnos, porque la represión -en el ámbito penal y procesal penal- se haga respetando no sólo aquel derecho, sino todas las garantías individuales, pues como dice WESSELS citado por HERNÁNDEZ RAMÍREZ:

“...la función del Derecho Penal consiste en proteger los valores elementales fundamentales de la vida en común dentro del orden social y en garantizar la salvaguarda de la paz jurídica. Como ordenamiento de protección y paz, el derecho penal sirve a la protección de los bienes jurídicos y a la salvaguarda de la paz jurídica...” (HERNÁNDEZ RAMÍREZ, 1993, p. 17).

Pero el Estado con el fin de proteger la vida en común no puede desconocer y pisotear las garantías individuales, pilar de nuestros sistemas de derecho, de ahí que hayamos afirmado que nos encontrábamos -una vez más- en presencia de la discusión sobre la prevalencia del interés general sobre el interés individual o particular, y de la necesidad de que en la represión de el **“lavado de dinero”** se protejan los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, el profesor NICOLÁS GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO nos explica que: “...no sólo el interés de persecución penal anima a los órganos del Estado a adoptar en el proceso medidas restrictivas de derechos fundamentales. Existen otros motivos que justifican la limitación de los mismos en el proceso penal.

Entre estos últimos cabe citar el interés del Estado en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos o de otros valores constitucionalmente protegibles y el interés por el correcto desarrollo del proceso y el adecuado funcionamiento de las instituciones procesales. En todos estos casos el interés del Estado y los intereses de los ciudadanos cuyos derechos sean restringidos deben ponderarse y limitarse recíprocamente en aplicación del principio de proporcionalidad...” (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, 1990, p. 245).

En síntesis, así como indicamos al inicio de este documento que el tema de la legitimación de capitales

desde su perspectiva técnico-penal, no era del dominio de los banqueros hoy en día, pero que debía serlo al menos en lo básico. También debe ser una preocupación de los banqueros que en la represión del “lavado de dinero proveniente del narcotráfico”, sean respetadas las garantías individuales de todas las personas, allí se encuentra incluido el derecho a la intimidad y confidencialidad, que da sustento al secreto bancario. Por tanto, si el Estado respeta los derechos fundamentales de las personas, deberá respetar el secreto bancario en los términos ya expuestos.

V) CONCLUSIONES

a. Para nosotros el secreto bancario (o reserva bancaria según sea el autor consultado), es un instituto jurídico inherente a la actividad bancaria o financiera no bancaria, que existe sin necesidad de que una ley especialmente lo reconozca. Y, consiste en la obligación de las entidades de guardar sigillo o reserva respecto de la información dada a conocer por sus clientes en razón de su profesión de banqueros y la confianza depositada en ellos, en salvaguarda del derecho fundamental de la intimidad y confidencialidad de las personas.

De tal forma, el secreto bancario es una manifestación específica del secreto profesional, en virtud de su obligación de guardar silencio, pero a la vez, igualmente consiste en un instituto jurídico tendente a tutelar la intimidad de las personas, en especial la de sus clientes.

b. En Costa Rica el secreto bancario está constitucionalmente garantizado, en virtud de que la Carta Magna reconoce expresamente el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de los documentos privados, lo cual da sustento a la aplicación de la reserva bancaria por parte de las entidades bancarias y financieras no bancarias costarricenses.

Asimismo, en el Ordenamiento Jurídico Costarricense el derecho a la intimidad -y en consecuencia el secreto bancario- admiten constitucionalmente límites a su vigencia, señalados expresamente por la Constitución Política. En el caso de los Tribunales de Justicia -al igual que los otros casos-, debe ser una ley especial -aprobada por votación calificada- la que autorice las limitaciones al ejercicio del derecho a la intimidad, de igual forma, solamente están autorizados los jueces penales para la aplicación de tal limitación.

c. La legitimación de capitales no es un fenómeno exclusivo del narcotráfico, puesto que muchas otras actividades delictivas producen bienes que deben ser legitimados, o bien, “lavados”. Ahora bien, el “lavado de capitales” es aquella actividad desplegada por el “legitimador” o “encubridor” para ocultar o encubrir el origen ilícito de una fuente de ingresos o bienes, y asegurar así el disfrute o goce de los mismos.

Esta actividad delictiva del “lavado de activos o capitales”, contamina y corrompe los sistemas financieros, entidades, autoridades, y sociedades en general, en las que se lleva a cabo, pues se produce un flujo de bienes y riqueza que no es producto de actividades lícitas, que altera los indicadores económicos y financieros de todo un sistema, y le hace dependiente a ese flujo de “narcodinero” para evitar la caída de los índices económicos. Esto último es de suma importancia y gravedad, pues es evidente que al infiltrarse el “narcodinero” en un sistema financiero confundiendo el “lavador” las actividades ilícitas con otras lícitas, y provocando inclusive “alianzas” entre los capitales lícitos y estos “dineros lavados”, la consecuencia casi inevitable es la dependencia de las actividades lícitas del dinero producto del narcotráfico.

d. Ante esta cruda realidad, debemos enfrentarnos a la disyuntiva de pretender defender el secreto bancario en su expresión más absoluta e ilimitada, con el argumento de que con ello se defiende la actividad bancaria y financiera no bancaria, o bien, abrir en forma regulada el secreto bancario para facilitar la investigación y represión de esta nefasta actividad delictiva que se conoce comúnmente como el “lavado de dinero producto del narcotráfico.”

Si bien es cierto en la contraposición de ambas posiciones estamos enfrentando un interés individual representado por el derecho a la intimidad, y un interés colectivo reproducido en la potestad del Estado de ejercer la jurisdicción penal. Consideramos que realmente está en juego la existencia misma de los sistemas financieros -nacionales e internacionales-, al tratar de reprimir el “lavado de activos”.

Es innegable, que querámoslo o no, los “lavadores de capitales” continuarán utilizando nuestras entidades bancarias y financieras no bancarias, y ello podría provocar una dependencia de tales bienes, causando la caída de nuestros sistemas financieros. De ahí que consideramos que en la lucha por reprimir esta actividad delictiva, y en la apertura reglada del secreto bancario en función de tal objetivo, está en juego la supervivencia de nuestras instituciones bancarias y financieras no

bancarias, por lo cual estamos totalmente de acuerdo con una coordinación entre los banqueros y las agencias represivas (policías, fiscales y jueces).

e. Finalmente, a la interrogante ¿son conceptos antagónicos la aplicación del secreto bancario y la represión de la legitimación de capitales provenientes del narcotráfico?, debemos responder que antes de ser antagónicos son complementarios. Puesto que está en juego la sobrevivencia de nuestros sistemas financieros, ya que si no afrontamos en conjunto este fenómeno delictivo del "lavado de activos", las entidades financieras y financieras no bancarias podrían terminar dependiendo del dinero producto del narcotráfico.

VI) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

1) ACUÑA BLANCO (Ewald) y otros. **La Legitimación de Capitales Provenientes del Narcotráfico en Costa Rica**. San José-Costa Rica. Poder Judicial, 1995 (documento sin editar).

2) ANDLEMAN (David A.) "La Narcoeconomía", en: Revista RUMBO, N° 589 del 1.º de abril de 1996, pp. 10-14.

3) ASOCIACIÓN BANCARIA DE LA REPÚBLICA DE ARGENTINA. **Uso indebido de la Banca (propuesta de autorregulación)**. Buenos Aires-Argentina, abril de 1996. Documento preparado por la Comisión Técnica Asesora responsable de este tema para la Asociación Bancaria de la República de Argentina.

4) ASOCIACIÓN BANCARIA DE PANAMÁ. **Guía a los Bancos para prevenir el uso indebido de sus servicios**. Asociación Bancaria de Panamá, septiembre de 1993, 2.ª edición. (A)

5) ASOCIACIÓN BANCARIA DE PANAMÁ. **Acuerdo Interbancario N° 34 "Por el cual se establece el Reglamento para la Prevención del Uso Indebido de los Servicios Bancarios"**. Asociación Bancaria de Panamá, septiembre de 1995, 1.ª edición. (B)

6) AUBERT (Maurice), KERNEN (Jean Philippe) & SCHÖNLE (Herbert) **El Secreto Bancario Suizo**. Madrid-España, Editorial de Derecho Financiero, Editoriales de Derecho Reunidas, 1990, traducción española a la 2.ª edición francesa.

7) AYESTAS ESCOBAR (Gustavo) **Propuestas para la evaluación de los activos crediticios de las instituciones de intermediación financiera**. Cartagena-Colombia, agosto de 1991. Documento elaborado para la "VIII Asamblea de la Comisión de Organismos de Supervisión y Fiscalización Bancaria de América Latina y el Caribe".

8) BARATTA (Alessandro) "Introducción a una Sociología de la Droga", en: **RIVISTA INCHIESTA**, Anno XVIII N° 79-80, Gennaio-Giugno 1988, Edizioni Dedalo (pp. 79-88).

9) BERNAUS (José Félix) & MONTEVERDI (Pablo) **Estupefacientes (Aspectos Jurídicos y Médico-Legales)**. Buenos Aires-Argentina. Editorial Abeledo-Perrot, 1996, 1.ª edición.

10) BOLLINI SHAW (Carlos) & GOFFAN (Mario) **Operaciones Bursátiles y Extrabursátiles**. Buenos Aires-Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 1995, 1.ª edición.

11) CAIROLI MARTÍNEZ (Milton H.) "Reflexiones sobre el delito de revelación de secreto bancario", Conferencia dada en el marco del XV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, organizado por la Federación Latinoamericana de Bancos (FELABAN), celebrado del 22 al 24 de mayo de 1996 en la ciudad de Montevideo, Uruguay.

12) CALVO GAMBOA (Ricardo) "La nueva legislación panameña sobre lavado de dinero", en: "Banca, Bolsa y Seguros", Revista de la Asociación de Derecho Bancario, N° 9, setiembre-octubre, 1991.

13) CARRILLO FLÓREZ (Fernando) & PINZÓN SÁNCHEZ (Jorge) **Sector Financiero y Delincuencia Económica**. Bogotá-Colombia, Editorial TEMIS Librería, 1985, 1.ª edición.

14) COMISIÓN INTERAMERICANA PARA EL CONTROL DEL ABUSO DE DROGAS (OEA) **Reglamento modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos**. Documento considerado y aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su Vigésimo Segundo período ordinario de sesiones celebrado en Las Bahamas del 18 al 23 de mayo de 1992.

15) CÓRDOBA ORTEGA (Jorge) et al. **Constitución Política de la República de Costa Rica**. Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A. & Programa para el Desarrollo Legislativo. San José, Costa Rica, 1996, 2.ª edición.

16) DOBLES OVARES (Victor Alfonso) **Código de Procedimientos Penales (anotado, concordado y actualizado con jurisprudencia constitucional)**. Editorial Juritexto. San José, Costa Rica, 1994, 1.ª edición.

17) FEDERACAO BRASILEIRA DAS ASSOCIACOES DE BANCOS (FEBRABAN). **Aqui nao! (Sugestoes para Prevenir o Uso indevido dos Bancos na Lavagem de Dinheiro Proveniente do**

Narcotráfico e Outras Atividades Ilícitas. Brasil. Instituto Brasileiro de Ciencia Bancária, 1996.

18) GALLI (Susan) "**Procedimientos para cumplir con las disposiciones internacionales en relación con el lavado de dinero**"; Conferencia dictada el día 18 de julio de 1996 en las instalaciones del Hotel Europa Zurquí, auspiciada por CITIBANK, S.A. y coorganizada por la Asociación Bancaria Costarricense.

19) GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (Nicolás) **Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal.** Madrid-España, Editorial COLEX, 1990, 1.ª edición.

20) HERNÁNDEZ RAMÍREZ (Guillermo) **El delito de legitimación de capitales provenientes del narcotráfico en la Legislación Penal Costarricense.** San José-Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., 1993, 1.ª edición.

21) HERNÁNDEZ VALLE (Rubén). **El Derecho de la Constitución, Vol. II.** San José, Editorial Juricentro, 1994, 1.ª edición.

22) JINESTA LOBO (Ernesto) "**Contratos Bancarios**", en: "Banca, Bolsa y Seguros", Revista de la Asociación de Derecho Bancario, N° 5, enero-febrero, 1991.

23) **Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas.** San José-Costa Rica, EDITEC Editores, S.A., 1991, 1.ª edición.

24) LLOBET RODRÍGUEZ (Javier) **Código de Procedimientos Penales (anotado y comentado).** Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1991, 2.ª edición.

25) MAIRENA (José) "**Lave y use. (En Costa Rica el lavado es un delito impune y creciente)**", en: Revista RUMBO, N° 589 del 1.º de abril de 1996, pp. 16-17.

26) MANAVELLA C. (Carlos A.) "**Intervención de las comunicaciones telefónicas en procedimientos policiales**", en: "IVSTITIA" Año 9, N° 107-108, noviembre-diciembre, 1995.

27) MARTÍNEZ NEIRA (Néstor Humberto) **Régimen contra Lavado de Activos en Colombia.** Bogotá-Colombia, Publicación del Ministerio de Justicia y Derecho de la República de Colombia. Julio de 1995. (A)

28) MARTÍNEZ NEIRA (Néstor Humberto) **Sistemas Financieros (Fundamentos jurídicos y económicos para la iniciación de su estudio en América Latina).** Bogotá-Colombia. BIBLIOTECA FELABAN, 1.ª edición, 1994. (B)

29) PUYANA RAMOS (Guillermo) "**El sector financiero y la lucha contra el lavado de activos**", en: BOLETÍN JURÍDICO FINANCIERO, N° 839 del 4 de diciembre de 1995, publicación de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia.

30) ROJAS ASTÚA (Bolívar) **Breve análisis de las herramientas contables utilizadas en el esclarecimiento de los "Delitos de Cuello Blanco".** Documento poligrafiado con motivo del CURSO PARA LA FORMACIÓN DE FISCALES, DELINCUENCIA NO CONVENCIONAL; 7 de agosto de 1991.

31) RUIZ GARCÍA (José Ramón). **Secreto Bancario y Hacienda Pública (El deber de colaboración de las entidades bancarias en el procedimiento de gestión tributaria).** Madrid, España. Editorial CIVITAS, S.A., 1988, 1.ª edición.

32) SAAVEDRA ROJAS (Édgar) & DEL OLMO (Rosa) **La Convención de Viena y el Narcotráfico.** Bogotá-Colombia, Editorial TEMIS, 1991, 1.ª edición.

33) SAINT-DENIS (Paul) "**Medidas recientes adoptadas en Canadá y a nivel internacional para combatir el lavado de dinero**". Conferencia dictada en el marco del Cuarto Seminario Regional "Medidas efectivas para combatir delitos de drogas y mejorar la Administración de Justicia Penal", realizado en San José de Costa Rica del 15 al 27 de julio de 1991.

34) VELÁSQUEZ V. (Fernando), BARBERO SANTOS (Marino), SAAVEDRA ROJAS (Édgar), GONZÁLEZ ZORRILLA (Carlos), FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (Juan) & MUÑOZ CONDE (Francisco) **Drogas (Problemática actual en España y América).** Bogotá-Colombia. Editorial TEMIS, 1989, 1.ª edición.

35) VILLEGAS (Carlos Gilberto) **La cuenta corriente bancaria y el cheque.** Buenos Aires, Argentina. Editorial DEPALMA, 1988, 2.ª edición actualizada. (A)

36) VILLEGAS (Carlos Gilberto) **Régimen Legal de Bancos.** Buenos Aires, Argentina. Editorial DEPALMA, 1987, Reimpresión a la 2.ª edición. (B)