



**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA RODRIGO FACIO**

**TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO**

TEMA:

**EL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA Y LA
IMPORTANCIA DE SU REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL
COSTARRICENSE.**

**Yendri Isabel Gómez Quesada
A11521**

**Director:
Dr. Erick Gatgens Gómez**

Octubre, 2008

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo;

*A mi Dios; gracias Señor por tu presencia,
pues pese a mis constantes dudas, mi vida solo tiene sentido en ti.*

*A mi padre, Emilio, quien me acompaña desde el cielo.
Y sé que me mira con orgullo. Papi, en cada uno de mis logros siempre estarás tu.*

*A mi ángel de la guarda, mi guía y ejemplo de mujer: mi madre Cecilia,
Eres en quien más confío, y quien me ha impulsado para alcanzar éste logro.*

*A mis queridas hermanas, y mejores amigas: Ingrid, Ruth y Shirley,
Pues ustedes han marcado los pasos que estoy siguiendo.*

*A mis chiquititas: mis sobrinas Christa y Lauren,
Por esas sonrisas que compartimos a diario
y que tanta alegría me dan.*

A Ernesto, gracias por todo tu amor, apoyo y comprensión.

*A mis compañeros y amigos de Tributarios:
Marilyn, Susana, Luis, Minor y Roy,
Por todo su apoyo y sus consejos profesionales y personales.*

AGRADECIMIENTOS

Quiero dar mi más profundo agradecimiento a aquellas personas que han contribuido en este trabajo, y que me han prestado su ayuda para el mismo llegue a un satisfactorio término:

Gracias al Dr. Erick Gatgens Gómez, por su guía y paciencia, brindadas en la realización de este trabajo.

A los señores, MS.c. Luis Alberto Venegas Marín, Dr. Carlos Sanabria, y Lic. Carlos Meléndez Sequeira, por sus conocimientos y aportes brindados en el presente trabajo.

Mis agradecimientos especiales a los licenciados Ronald Salazar y Sebastián Mesén, por su participación en la evaluación del este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

<i>INTRODUCCIÓN</i>	1
<i>CAPÍTULO I. LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN COSTA RICA</i>	15
<i>SECCIÓN UNICA: El desarrollo de la actividad legal de intermediación financiera en Costa Rica</i>	16
Título I. El estudio del mercado financiero desde la óptica de nuestro sistema de economía costarricense.	16
A. Concepto de mercado financiero:	16
B. La división del mercado financiero:.....	35
<i>Titulo II. El desarrollo histórico de la actividad financiera en Costa Rica</i>	39
<i>Título III. El concepto de intermediación financiera y los diferentes tipos de intermediarios en el sistema financiero costarricense.</i>	54
A. El concepto de intermediación financiera: (elementos conformadores):	54
1. Captación de recursos financieros del público:.....	59
2. Habitualidad:	65
3. Destino de los recursos:.....	68
4. Riesgo que asume el intermediario financiero:	70
5. Liberalidad de la forma contractual utilizada para la operación de crédito:	77
B. Los diferentes tipos de agentes que operan en el sistema financiero costarricense: . 82	
a) Clasificación funcional:.....	84
a.1. Sociedades financieras:.....	85
a.1.1. Banco central:.....	85
a.1.2. Sociedades de depósitos:	86
a.1.3. Sociedades de seguros y fondos de pensiones:	87
a.1.4. Otros intermediarios financieros:	87
a.1.5. Auxiliares financieros:	88
a.2. Sociedades no financieras:.....	89
a.3. Gobierno general:.....	89
a.4. Hogares:.....	90
a.5. Organizaciones sin fines de lucro que sirven a los hogares:.....	92
b) Clasificación según el marco legal:.....	94
b.1. Entidades financieras bancarias:	96
b.1.1 Entidades financieras bancarias públicas (Bancos Comerciales del Estado):.....	96
b.1.2. Entidades financieras bancarias privadas:.....	98
b.1.3. Bancos creados por leyes especiales:	100

b.2. Entidades financieras no bancarias:	101
b.2.1. Entidades financieras no bancarias públicas:	101
b.2.2. Entidades financieras no bancarias privadas:	101
b.2.3. Entidades financieras no bancarias creadas por otras leyes especiales:	102
b.3. Casas de cambio:.....	103
b.4. Personas físicas o jurídicas que realizan algunas de las actividades descritas en el artículo 15, Ley no. 8204 “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas”:	103
<i>Título IV. Marco legal regulador de la actividad de intermediación financiera:</i>	113
A. Instrumentos legales:	113
B. Ente regulador:.....	121
C. Cumplimiento de los requisitos y supervisión de los intermediarios financieros: ...	126
<i>CAPÍTULO II. POLÍTICA CRIMINAL Y EL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA EN COSTA RICA</i>	138
<i>SECCIÓN A. Los fundamentos políticos y sociales que justificaron la intervención del Estado en la actividad financiera en Costa Rica.</i>	139
<i>Título I. Fundamento político de la regulación de la intermediación financiera en la economía costarricense: intermediación financiera como parte de la política económica del Estado.</i>	140
<i>Título II. Fundamento social de la regulación de la intermediación financiera en la economía costarricense: protección del público inversionista.</i>	151
<i>SECCIÓN B. La política criminal ante el delito de intermediación financiera no autorizada en Costa Rica.</i>	160
<i>Título I. La política criminal: Concepto, fundamentos, límites y fines.</i>	162
A. Concepto de política criminal y sus fundamentos: (poder de estado y poder punitivo):	162
B. Fin y límite de la política criminal (el bien jurídico tutelado):	169
<i>Título II. La intermediación financiera no autorizada como parte del delito financiero moderno y su diferencia con las demás formas de criminalidad.</i>	181
A. Concepto de delito financiero y su posición dentro del estudio del Derecho penal: 182	
A.1. Derecho penal y Derecho penal financiero:	182
A.2. Concepto de delito financiero según la teoría general del delito:.....	187
B. La inclusión del delito de intermediación financiera no autorizada dentro de los delitos financieros modernos; y su diferenciación con las demás formas de criminalidad. 192	

B.1. Bien jurídico tutelado en los delitos financieros:	193
B.2. La Consecuencia patrimonial del daño:	201
B.3. Características del sujeto activo:	205
<i>CAPÍTULO III. LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL COSTARRICENSE.</i>	210
<i>SECCIÓN A. La tipicidad del delito de intermediación financiera no autorizada en la normativa penal costarricense.</i>	214
<i>Título I. Estudio del aspecto objetivo del tipo penal de intermediación financiera.</i>	215
A. La acción:	220
A.1) La acción del inciso a) del artículo 157 LOBCCR:	222
A.2) La acción del inciso b) del artículo 157 LOBCCR:	223
B. El objeto material regulado en el tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:	224
C. El elemento normativo regulado en el tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR: El concepto de intermediación financiera:	235
D. Las referencias en el tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR.	256
D.1) Referencias en razón de la ocasión: inc. a) y b) artículo 157 LOBCCR:	257
D.2) Referencias en razón del lugar: inc. b) artículo 157 LOBCCR:.....	264
E. Sujetos del tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:	266
E.1) El sujeto activo.	268
E.1.1) El sujeto activo en el inciso a) artículo 157 de la LOBCCR:	268
E.1.2) El sujeto activo en el inciso b) artículo 157 de la LOBCCR:	271
E.2) El sujeto pasivo regulado en los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:.....	275
<i>Título II. Estudio del aspecto subjetivo en el delito de intermediación financiera no autorizada.</i>	279
A. El dolo en el delito de intermediación financiera no autorizada: incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:	280
B. Exclusión de la culpa del delito de intermediación financiera no autorizada: incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:	285
<i>SECCIÓN B. La antijuridicidad del delito de intermediación financiera no autorizada.</i>	289
<i>Título I. El bien jurídico tutelado en el delito de intermediación financiera no autorizada.</i>	292

<i>Título II. El resultado material del delito de intermediación financiera no autorizada y la afectación que este causa al bien jurídico tutelado.....</i>	299
<i>SECCIÓN C. La culpabilidad en el delito de intermediación financiera no autorizada.....</i>	304
<i>Título I. Reprochabilidad que se hace a los sujetos activos en el delito de intermediación financiera no autorizada.</i>	309
A. Razones de inimputabilidad en el delito de intermediación financiera no autorizada.....	311
B. Errores sobre el conocimiento de antijuridicidad que excluyen la culpabilidad en el delito de intermediación financiera no autorizada:	312
B.1. Error de prohibición:.....	312
B.1.1 Error de prohibición directo:.....	313
B.1.2. Error de prohibición indirecto:.....	314
C. El error de tipo y sus diferencias con los errores de prohibición:	315
<i>Título II. Responsabilidad penal de los representantes de personas jurídicas.</i>	318
CAPÍTULO IV. LA PRÁCTICA JUDICIAL ANTE EL DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA	323
<i>SECCIÓN ÚNICA. Control judicial del delito de intermediación financiera no autorizada.....</i>	324
<i>Título I. Presentación de denuncias ante las autoridades judiciales y cifras estadísticas del delito de intermediación financiera no autorizada.....</i>	326
A. Presentación de denuncias ante el Ministerio Público:.....	326
B. Cifras estadísticas del delito de intermediación financiera no autorizada:.....	332
B. 1. Casos ingresados al Ministerio Público para investigación:.....	333
<i>Título II. Casos judiciales de estudio: jurisprudencia penal más importante sobre intermediación financiera:</i>	338
<i>Título III. La función de la pena en el proceso penal ante el delito de intermediación financiera.</i>	348
A. Sobre el concepto de pena y los tipos de pena en Costa Rica:	350
B. El fin de la pena en el delito de intermediación financiera no autorizada:	354
CAPÍTULO V. SECCIÓN ÚNICA. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	360

<i>Título I. La importancia de la legislación penal sobre las prácticas de intermediación financiera sin autorización.....</i>	361
<i>Título II. Recomendaciones.....</i>	368
<i>BIBLIOGRAFÍA.....</i>	371
<i>ANEXOS</i>	382

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AGB.: Auditoría General de Bancos.

AGEF.: Auditoría General de Entidades Financieras.

FMI.: Fondo Monetario Internacional.

OSFLSH.: Organizaciones Sin Fines de Lucro que Sirven a los Hogares.

LOBCCR.: Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

LOSBN.: Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional.

LRAIFOC: Ley de Regulación de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas.

LACCIFC: Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto de Fomento Cooperativo.

SUGEF.: Superintendencia General de Entidades Financieras

SUGEVAL.: Superintendencia General de Valores.

SUPEN.: Superintendencia General de Pensiones.

INFOCOOP: Instituto Nacional de Fomento Cooperativo

CP.: Código Penal.

Art.: Artículo

Notas aclaratorias:

- Al hacer referencia a la “Superintendencia” en este trabajo, se entenderá la Superintendencia General de Entidades Financieras.

- Al hacer referencia a algún artículo sobre el que no se menciona el cuerpo legal al que corresponde, deberá entenderse como parte de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, ley 7558.

ÍNDICE DE GRÁFICOS

<u>Nombre del Gráfico</u>	<u>Página</u>
<i>Número de causas ingresadas para investigación en el ministerio público.....</i>	335

ÍNDICE DE CUADROS

<u>Nombre del Cuadro</u>	<u>Página</u>
<i>Cuadro No. 1. Sobre el destino de los recursos en el delito de intermediación financiera no autorizada.....</i>	249
<i>Cuadro No. 2. El Sujeto activo del tipo penal artículo 157 inciso a) LOBCCR.....</i>	271
<i>Cuadro No. 3. Porcentaje que representan las infracciones a la Ley 7558, dentro del total del circulante de causas ingresadas al Ministerio Público.....</i>	337

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Gómez Quesada, Yendri Isabel. El delito de intermediación financiera no autorizada y la importancia de su regulación en la legislación penal costarricense.

Tesis para optar por el grado de licenciatura en derecho. Facultad de Derecho. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Universidad de Costa Rica. 2008.

LISTA DE PALABRAS CLAVE

Mercado financiero, intermediación financiera; sociedades financieras, sociedades no financieras; entidades financieras bancarias; entidades financieras no bancarias; política económica; política criminal; bien jurídico, derecho penal financiero, delito de intermediación financiera no autorizada; pena, tipos de pena en costa rica.

RESUMEN

El CAPÍTULO I del presente trabajo, está orientado a estudiar el desarrollo de la actividad legal de intermediación financiera en nuestro país, pues si bien el objetivo del mismo, se centra en analizar el delito relacionado a tal actividad, es importante estudiar inicialmente en qué consiste ésta.

Así pues, El CAPÍTULO I, se divide en cuatro títulos, los cuales estarán dedicados a introducir sucintamente, sobre los conceptos básicos que conforman esta actividad. En el Título analizaré el concepto de mercado financiero, además de la división del mismo. Esto se hará desde la óptica de nuestro modelo constitucional de Estado. Pasaré luego a estudiar en el Título II, el desarrollo histórico de la actividad financiera en Costa Rica, con lo cual expondré el desarrollo de la actividad bancaria en nuestro país. El título tercero, por su parte estará dedicado a examinar en primer lugar a los elementos conformadores del concepto de intermediación, así como los agentes del mercado que se relacionan con la práctica de esta actividad, desde un óptica funcional, y también desde una óptica legal (análisis según la legislación costarricense). Finalmente el Título IV, expondrá cuáles son los parámetros legales que se utilizan para fiscalizar esta actividad, y cuál es el ente encargado de realizar esta función.

El CAPÍTULO II, por su lado, estará avocado a estudiar los motivos políticos, económicos y criminales, que justificaron la regulación administrativa y penal de la actividad de intermediación financiera en nuestro país. Por lo que, la

Sección A, de trabajo estará destinado a examinar los motivos de política económica y motivos sociales, que promovieron la administración administrativa de la intermediación financiera, dividiéndose para tal objetivo en dos títulos: el Título I, estudiará el fundamento político que propulsó la regulación administrativa, mientras que, en el título segundo analizaré los motivos sociales de tal regulación. La Sección B, por su parte estará avocada al análisis de los motivos de política criminal que propulsaron, junto a la regulación administrativa, una regulación penal. Por tal, esta sección estará dividida en dos títulos, el primero de ellos dedicado a estudiar el concepto de la política criminal y el fin de la misma. El Título II, analizará por su parte la inclusión específica de la intermediación financiera no autorizada, dentro de los delitos financieros modernos, mediante el examen de tres posibles rasgos diferenciadores: 1. El bien jurídico tutelado, 2. La consecuencia patrimonial del daño, y 3. Las características del sujeto activo.

También se encontrará en este trabajo un CAPÍTULO III abocado al estudio del tipo penal de intermediación financiera no autorizada, procurando apegarse a la estructura de la Teoría General del Delito, de manera que se procure facilitar comprender cuando se está en presencia de este delito.

Para este fin se ha dividido este capítulo en tres secciones. La Sección A, estará dedicada al análisis de la tipicidad, analizando para ellos los aspectos objetivo y subjetivo del tipo penal. La sección B estará, por su parte, dedicada al

estudio de la antijuridicidad mediante el examen de los bienes jurídicos tutelados, y la afectación que se causa tanto a estos bienes como al ordenamiento jurídico. Tal afectación es más fácil de estudiar si se analizan las consecuencias patrimoniales del daño (resultado material de la acción) y su afectación a los bienes. Finalmente, la Sección C, del CAPÍTULO III, está compuesta por el estudio de la culpabilidad es decir, la reprochabilidad que se le hace a los sujetos activos. En esta sección analizaremos además la posible responsabilidad que tienen los representantes legales, cuando la captación ilegal es cometida mediante una persona jurídica.

Este trabajo concluirá además un sucinto estudio de este ilícito en su aplicación dentro del ámbito judicial, este será el objetivo del CAPÍTULO IV, el cual se ordenará en tres títulos que conforman una Sección Única, el primero de estos títulos analizará el proceso de presentación de denuncias ante el Ministerio Público, y las cifras estadísticas con las que se representan tales hechos delictivos dentro del circulante de casos del Poder Judicial. El Título II examinará por su parte, la escasa jurisprudencia que existe sobre este ilícito. Y finalmente, un Título III, estará abocado a investigar la función que cumple la pena en el delito de intermediación financiera no autorizado.

Finalmente se concluirá el presente trabajo con un CAPÍTULO V, que presentará las conclusiones más importantes que se extraen de todo el trabajo,

principalmente es finalidad de este trabajo considerar si la regulación penal de la actividad de intermediación financiera es justificable a la luz de nuestro ordenamiento jurídico. Además de que se presenta una recomendación, como posible reforma para mejorar el tipo penal, sobre todo en lo que se refiere a la actividad que realizan las Cooperativas de Ahorro y Crédito en nuestro país.

INTRODUCCIÓN

A. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.

La actividad de intermediación financiera es de suma importancia para el desarrollo de la economía, pues tiene por objeto la transacción de capitales captados 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.

La importancia del buen manejo de esta actividad se refleja tanto en la economía como en el desarrollo en general del Estado, dado que una economía débil y sin controles no permite que el éste pueda cumplir a cabalidad con sus funciones y responder así a las necesidades de la ciudadanía; es de esta manera que se ha hecho necesario crear una serie de controles y fiscalizaciones orientadas a vigilar el ejercicio de la intermediación financiera y así proteger los recursos de quienes invierten en la misma.

Por lo tanto la importancia de realizar una investigación respecto del ejercicio ilegal de esta actividad y así determinar cuando estamos en presencia de este delito, se fundamenta en que básicamente la intermediación financiera recae sobre elementos trascendentales de la economía, tales como el ahorro de entidades superavitarias, y los capitales para la inversión de entidades deficitarias, estas últimas que requieren de este ahorro, y que obtienen mediante el crédito que

les brindan los intermediarios, para ejercer sus propias actividades bien sea la producción, distribución, utilización o prestación de bienes y servicios. Así por lo tanto, la labor del intermediario es servir de puente entre estos dos sectores del sistema financiero, y de ahí que el control administrativo en el ejercicio de esta actividad sea sumamente importante. Aunado a lo anterior, tenemos que la legislación penal le ha agregado a estos controles un elemento punitivo, que sustenta propiamente en que, con el ejercicio ilegal de esta actividad se busca proteger bienes jurídicos tutelados por el derecho y que se consideran esenciales para el desarrollo del Estado Social de Derecho.

A pesar de la importancia social apuntada, es poco el tratamiento que se le da a la intermediación financiera desde la óptica del derecho penal, siendo que inclusive es una actividad que ejercida ilegalmente puede tener repercusiones altamente nocivas para la economía, el Estado y la sociedad.

El objetivo principal de la presente investigación consistirá por lo tanto, en el estudio de los componentes objetivos y subjetivos del tipo, que nos permita reconocer sus características, pero además la presente investigación pretende determinar la importancia de la penalización de la intermediación financiera que se realiza al margen del control estatal, acudiendo para ello al estudio de los motivos de política criminal que impulsaron la intervención del derecho penal para la penalización de esta actividad, en contraposición la efectividad de la aplicación

práctica de esta normativa en los Tribunales de Justicia Costarricenses; lo cual nos permitirá concluir si dentro de nuestro sistema legal, es justificable que el poder coercitivo e inminentemente represivo del derecho penal recaiga sobre el ejercicio de la intermediación financiera no autorizada.

B. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA.

En 1995 se propulsó una reforma integral a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica Ley No. 1552 del 23 de abril de 1953; promulgándose así la Ley No. 7558 el 27 de noviembre de 1995. En esta nueva ley se introduce la Sección IV del Capítulo IV, una serie de sanciones y delitos financieros. Entre ellos se encuentra el artículo 157, el cual contempla el delito de intermediación financiera no autorizada.

El motivo socio-político que impulsó esta reforma está íntimamente relacionado a la intervención y disolución, a mediados de 1994, de uno de los bancos estatales con mayor tradición y poderío financiero, se hace referencia a la llamada “quiebra del Banco Anglo Costarricense”. Si bien no es apropiado llamarle “quiebra” pues los bancos del Estado están exentos de tal circunstancia, lo cierto es que los malos manejos de los recursos financieros, por parte de altos funcionarios de esta institución, provocaron la insostenibilidad del banco,

debiéndose declarar su disolución mediante la Ley No. 7471 Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense del 20 de diciembre de 1994.

Así, a partir de este momento la captación de recursos de público sin contar con la autorización de la autoridad competente se convirtió en una acción ilícita, además de que la posibilidad de realizar tal actividad se amplió hacia el sector privado del mercado financiero.

En este caso, es evidente que el legislador estableció un bien jurídico que merece protección penal, y el cual analizaré con profundidad en la investigación, pero que por el momento es válido adelantar que el mismo, ha sido considerado por la doctrina como digno de protección, siendo que con la actividad de intermediación financiera, se captan recursos de entidades superavitarias que producen ahorro, y el cual el intermediario recibirá (generando por tal intereses para el inversionista); y que además colocará a disposición de entidades deficitarias que necesitan de capitales para el ejercicio de sus propias actividades económicas, siendo que no tiene ninguna relevancia, por medio de cual contrato se realiza este intercambio de capitales. En esta actividad, quien responde con su propia solvencia y garantía, es el intermediario financiero, pues capta recursos del público, en forma habitual, con el fin de destinarlos por cuenta y riesgo del intermediario a actividades financieras.

Por tanto, de todo esto es fácil extraer que dentro de toda esta cadena de intermediación, si un eslabón se debilita, no pudiendo responder a sus obligaciones, en este caso el intermediario, vemos que se pone en riesgo todo el sistema financiero, en tanto que las entidades deficitarias, no contarían con este recurso generador de capitales, poniendo así en riesgo el desarrollo de sus propias actividades (bien sea comercio, industria, producción, distribución de servicios etc.) dando lugar a un perjuicio patrimonial indirecto; mientras que las entidades superavitarias verían en sí, un perjuicio patrimonial directo que recaerá sobre la pérdida parcial o total de sus ahorros invertidos en el proceso de intermediación.

Por tanto la regulación de esta actividad no puede ser exigua, pues los efectos de un ejercicio inoperante, puede tener graves repercusiones en la economía y en el Estado en general.

Ahora bien, siendo evidente la necesidad de la regulación, es importante plantearse los alcances que debería tener esta regulación; por tanto ¿es justificable además de la regulación ordinaria (administrativa) una penalización en caso de que el intermediario no se sometiese a estos controles?

De manera que, frente a estas interrogantes la discusión en mi investigación pretende abarcar no solo los elementos constitutivos del tipo penal,

que permita identificar cuando estamos en presencia de este delito; sino además determinar si es justificable que se penalice la intermediación financiera no autorizada, atendiendo para ello los motivos de política criminal que justificaron la penalización de esta actividad, cuando es ejercida sin acatamiento a los controles y fiscalizaciones que para ese efecto la ley prescribe, además del estudio conjunto del bien jurídico tutelado y del resultado material.

Otro elemento importante en el estudio de la importancia del estudio de este delito, es el análisis de la eficacia en la aplicación práctica judicial, recayendo así nuestro estudio en reflexiones que nos permitan determinar la importancia real de la intervención del derecho penal en esta parte del mercado financiero, o si por el contrario, el control de la intermediación financiera, debería ser competencia exclusiva de otras ramas del derecho (como el derecho administrativo por ejemplo) y por lo tanto, su penalización obedeció a razones de otra índole que nada tienen que ver con una verdadera política criminal que demuestre la función real del derecho penal y de la pena, con apego a los principios constitucionales de nuestro Estado Social de Derecho.

Estas interrogantes nos llevan a dirigir una investigación orientada a analizar y estudiar tal delito, para finalmente respondernos la pregunta ¿tiene alguna importancia la creación del delito de intermediación financiera no autorizada dentro de la Legislación Penal Costarricense?

C. OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS DE LA INVESTIGACIÓN:

Objetivo General:

Establecer la importancia de la tipificación del delito de intermediación financiera no autorizada dentro de la legislación penal costarricense.

Objetivos Específicos:

1. **Objetivo Específico Primero:** Estudiar la práctica de intermediación financiera legal en el Sistema Económico Costarricense y los conceptos diferenciadores de la actividad.
 - 1.1 Estudiar el concepto de mercado financiero y la división del mismo.
 - 1.2 Estudiar el desarrollo histórico de la actividad de intermediación financiera en Costa Rica.
 - 1.3 Establecer el concepto de Intermediación financiera y los diferentes tipos de intermediarios financieros en el sistema financiero costarricense.
 - 1.4 Estudiar el marco legal regulador de la actividad de intermediación financiera en Costa Rica, comprendiendo para ello el estudio de los instrumentos jurídicos, las instituciones creadas para la regulación de

la actividad, los requisitos de inscripción y las normas de autorización y supervisión que debe cumplir un intermediario financiero.

2 Objetivo Específico Segundo: Estudiar los fundamentos sociales, políticos y jurídicos que justificaron la intervención del Estado en la actividad financiera de Costa Rica.

2.1 Estudiar la política económica del Estado costarricense, que justifique la Intervención del Estado en la económica nacional, de acuerdo a la Constitución Política y a las leyes.

2.2 Determinar el motivo social que propulsó la regulación de la actividad de intermediación financiera en la economía costarricense.

3 Objetivo Específico Tercero: Estudiar la inclusión de la intermediación financiera no autorizada como parte de la política criminal costarricense, ante la llamada criminalidad económica y los delitos de cuello blanco.

3.1 Estudiar el concepto de política criminal, sus límites y fundamentos.

3.2 Estudiar el concepto de criminalidad económica, y los elementos que le distinguen de las demás formas de criminalidad, atendiendo el bien jurídico tutelado y la consecuencia patrimonial del daño.

3.3 Estudiar la inclusión de la intermediación financiera no autorizada como parte de la criminalidad económica moderna.

4. Objetivo Específico Cuarto: Estudiar la tipicidad del delito de intermediación financiera en la normativa penal costarricense, y sus elementos constitutivos:

4.1 Estudio del aspecto objetivo del tipo penal de Intermediación Financiera.

4.2 Estudio del aspecto subjetivo en el delito de intermediación financiera.

5. Objetivo Específico Quinto: Estudiar la antijuridicidad del delito de intermediación financiera.

5.1 Determinar y estudiar el bien jurídico tutelado en el delito de intermediación financiera.

5.2 Analizar el resultado material del delito de Intermediación financiera y la afectación que este causa al bien jurídico tutelado.

6. Objetivo Específico Sexto: Estudiar el elemento de culpabilidad en el delito de intermediación financiera.

6.1 Imputabilidad e inimputabilidad en el delito de intermediación financiera.

6.2 Responsabilidad penal de los representantes de personas jurídicas.

7. Objetivo Específico Séptimo: Estudiar si mediante el control de denuncias judiciales y casos elevados a juicio se logra la efectiva función punitiva del delito de intermediación financiera.

7.1 Estudiar el procedimiento de interposición de denuncias ante el Ministerio Público y la representación que tiene este delito dentro de las cifras estadísticas del Poder Judicial.

7.2 Analizar la principal jurisprudencia existente para este delito.

7.3 Determinar la función de la pena en el proceso penal ante el delito de intermediación financiera.

D. HIPÓTESIS:

Del estudio de los elementos del tipo penal establecido en el artículo 157 de la Ley Orgánica del Banco Central, en conjunto con el estudio del resultado material derivado del delito, y el estudio de la eficacia de la sanción y del proceso penal en nuestros tribunales, que **el tipo penal tal como se estipula en la Ley Orgánica del Banco Central es inadecuada para prevenir la intermediación financiera que se realiza al margen de la regulación estatal.**

E. METODOLOGÍA

Este trabajo será realizado de forma **analítica** en cuanto se pretende iniciar el desarrollo del tema con el estudio de doctrina y normativa referida al estudio de la cuestión planteada. Acudiré demás a fuentes tales como material de revistas, periódicos, publicaciones especializadas o relacionadas con el tema y tesis de grado. Además la presente investigación pretende reforzar con un **Estudio Investigativo** que intenta asentarse sobre investigación de campo, en cuanto que aspira realizar un estudio de la práctica del control; que se ejercen sobre las instituciones que se dedican a la actividad de la intermediación financiera, recurriendo para el caso a la realización de entrevistas en las instituciones estatales tales como el Ministerio Público y los Tribunales de Justicia, además de Instituciones Estatales de control administrativo tales como la Superintendencia General de Entidades Financieras, y el Banco Central.

F. PLAN DE TRABAJO

Las fuentes de información que se utilizarán serán las siguientes: referencias bibliográficas libros, revistas, artículos, tesis de grado y otros informes finales de opción de graduación, artículos de Internet, entrevistas, jurisprudencia relacionada y normativa legal de interés.

La primera parte de la investigación consistirá en el análisis de los materiales bibliográficos y tales como libros, tesis de grado, artículos de revistas y monografías escritas sobre el tema. La segunda parte, estará constituida por el estudio de la normativa y la jurisprudencia nacional y de derecho comparado existente respecto al tema en cuestión. Y una tercera parte de la investigación se compondrá en la investigación de campo relativa a la práctica de control sobre la actividad de intermediación financiera, para lo cual se recurrirá a entrevistas en instituciones de control administrativo y judicial.

G. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La estructura del presente trabajo se plantea en cinco capítulos. El primero estará dedicado a analizar sucintamente la actividad legal de intermediación financiera en Costa Rica, abarcando para ello, el necesario análisis del concepto de mercado financiero, el concepto de intermediación financiera, los diferentes tipos de intermediarios financieros que operan en nuestro país, y finalmente los requisitos que se han de cumplir, así como el sistema de fiscalización existente para los intermediarios.

El segundo capítulo por su parte está avocado al análisis de las políticas, económica y social que propulsaron la regulación de la intermediación financiera. Además se hace necesario incluir en este estudio el análisis de la

política criminal que propulsó la penalización de tal actividad, y significó por lo tanto la inclusión de la intermediación financiera no autorizada, como parte de la criminalidad económica moderna.

El tercer capítulo por su parte, estará dedicado al análisis del tipo penal de la intermediación financiera no autorizada. Contemplará por lo tanto, un estudio integrador de cada uno de los elementos específicos del tipo penal, en relación con de la teoría del delito, tratando de armonizar por lo tanto conceptos jurídico-penales, con conceptos financieros relacionados íntimamente a este delito.

El cuarto capítulo, estará dedicado a hacer un estudio sucinto del delito de intermediación financiera no autorizada, desde la perspectiva de la aplicación judicial. Incluirá por lo tanto, el estudio del proceso de interposición de denuncias ante el Ministerio Público, el análisis de las estadísticas judiciales que reflejan la incidencia de este delito, así como la jurisprudencia que pudiese resultar más relevante al respecto (la cual es realmente escasa), y finalmente incluye un estudio sucinto de la penalidad de este delito.

El quinto capítulo finalmente, está constituido por las conclusiones realizadas con respecto a la totalidad de la investigación, y las recomendaciones que se considera importante proponer.

CAPÍTULO I
LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN
FINANCIERA EN COSTA RICA

SECCIÓN ÚNICA:

El desarrollo de la actividad legal de intermediación financiera en Costa Rica

Título I

El estudio del mercado financiero desde la óptica de nuestro sistema de economía costarricense.

A. Concepto de mercado financiero:

Es importante para realizar una introducción al tema en el cual se centra nuestro estudio, –es decir el delito de intermediación financiera no autorizada y sus elementos hacer un análisis sobre lo que consiste el ejercicio de la intermediación financiera como actividad legal en nuestro país, y cuáles han sido los ámbitos en los que se desarrolla la misma, quiénes son además los agentes que la practican (lo cual, más adelante permitirá conocer los sujetos activos y pasivos del delito), y cuál es el objeto de esta actividad (que nos permitirá introducir en el conocimiento sobre el bien jurídico que se pretende tutelar al penalizar esta conducta, cuando concurre con ciertas circunstancias que la distinguen como delictiva).

Así pues, vale decir que la actividad de intermediación financiera, consiste en la canalización de dinero captado de los entes superavitarios

(oferentes) a las unidades deficitarias (demandantes) mediante el otorgamiento de diversas modalidades de crédito.

El intermediario financiero es quien se encarga de propiciar la colocación mediante el crédito, de recursos financieros captados de entidades que tienen un superávit de estos mismos, es decir, entidades que tienen un excedente en su producción de recursos financieros, pero no los medios o la disposición de dedicarlos a actividades de producción, pues prefieren ponerlos a disposición de los intermediarios, y así obtener diferentes beneficios, como captación de intereses derivados de esta colocación, y seguridad en el resguardo de sus recursos.

Luego de la captación, el siguiente paso consiste en el traslado de los recursos mediante el crédito, hacia entidades que tienen un déficit de los mismos, y que los necesitan para el desarrollo normal de sus actividades. O bien, otro destino probable, consiste en la inversión independiente en valores por parte del intermediario (pero es distinta a la intermediación bursátil como se verá más adelante).

El intermediario es pues, un puente entre dos sectores del mercado financiero, que aunque necesitan el uno de otro, es mucho más factible para ellos

desarrollar este proceso de traslado de recursos, mediante un intermediario; que hacerlo directamente entre.....

sí. De ser éste el caso, se estaría hablando de una actividad muy distinta a la de intermediación financiera, y que para su calificación dependería según el contrato que se utilice, como por ejemplo el crédito directo de recursos propios.

El escenario en el cual se desarrolla esta dinámica de intermediación a la que se hizo referencia párrafos atrás, se conoce como mercado financiero. Y para efectos del presente estudio, específicamente es de interés conocer que se entiende por mercado financiero, desde el concepto de la economía costarricense y desde la óptica de nuestro modelo de Estado.

Por lo tanto, para entender este concepto, se hará referencia no solo a conocimientos de economía; sino también a concepciones jurídicas. De manera que, ésta no será una investigación dirigida a presentar únicamente conceptos propios de las ciencias económicas, sino que será más bien, un intento de comprensión desde la óptica del Derecho, cuando se regula la economía, y las actividades que se realizan en ella.

Es importante entender que desde la óptica del Derecho, nuestro estado costarricense ha realizado una regulación de muchas de las actividades financieras, en procura de lograr un sano desarrollo de la economía, y además alcanzar el bien social de los ciudadanos, como fin primordial.

La economía es pues, pieza clave en el desarrollo de toda nación y el legislador constitucional costarricense entendió esto claramente. Así, dentro de nuestra carta constitucional hay varios artículos que nos permiten determinar cual es el modelo de economía que nuestro legislador quería seguir y regular.

De manera que el desarrollo financiero de una nación siempre ha estado relacionado con el desarrollo del Estado, por lo que es normal que éste ejerza controles con el propósito de fiscalizar las múltiples actividades que se realizan dentro del mercado financiero. Estos controles, son instrumentos importantes para lograr determinados objetivos planteados, según el modelo de Estado en el cual nos ubiquemos. Así, se ve que son diferentes las políticas de control que se desarrollan sobre la economía desde una óptica proteccionista del Estado; como diferentes pueden ser en un modelo neo-liberal de Estado.

Por lo tanto, es importante para iniciar el estudio de los conceptos de sistema financiero e intermediación financiera; partir en primera instancia de una concepción de lo que es nuestro modelo de estado costarricense.

Si vemos el principal instrumento legal, en el cual se establecen los lineamientos básicos de nuestro Estado; nos referimos a la Constitución Política, se puede denotar que el legislador en el artículo 1, indica que Costa Rica es una república democrática, libre e independiente; lo cual define nuestro Sistema Jurídico. Además, es importante apuntar como también la Constitución Política define el papel que el Estado debe jugar dentro de la economía, “en este sentido el concepto 'formal' de la economía lo podemos deducir de la lectura de los artículos 74, 50 y 46, de nuestra Constitución, relacionados con la significación que tiene para nosotros el hecho de que el constituyente señalara, en el artículo primero, que Costa Rica es 'una república'. Esta relación muestra, en nuestro criterio, lo que debería ser la base del modelo económico costarricense”.¹

ARTÍCULO 50.- *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

¹ ISSA EL KHOURY, Henry. (2004). Delitos Económicos Modernos. 1ª. Ed. San José Costa Rica. EDITORAMA. Pág. 19.

Por su parte el artículo 74 se refiere al Capítulo V, sobre derechos y garantías sociales y apunta:

ARTÍCULO 74.- *Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.*

Además, se debe citar para este estudio el artículo 46 del mismo cuerpo legal:

ARTÍCULO 46.- *Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria.*

Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora.

Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial.

Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.

Siguiendo con el pensamiento del autor ISSA EL KHOURY, la economía costarricense parece ser entonces, según la lectura de los artículos anteriores, un sistema que permite ordenar el conjunto de bienes y actividades que integran la riqueza de nuestro país; especialmente valiéndose de los siguientes elementos: 1. La organización y estímulo de la producción, fomentando la participación de la colectividad, y por tanto restringiendo los monopolios privados, 2. El adecuado reparto de la riqueza y 3. La protección de ciertos derechos relacionados con la economía, y que se consideran además de importancia constitucional, tales como la protección de la salud, el ambiente, la seguridad y los intereses económicos; el derecho a recibir información adecuada y veraz; la libertad de elección, y el trato equitativo.

Estos tres elementos están encaminados hacia una política de solidaridad nacional y bien social. De manera que toda actividad económica y financiera que se desarrolle en nuestro país, y que afecte estos elementos,

merece la regulación jurídica necesaria para que no se lesione ningún bien jurídico, vinculado con los mismos.

El autor citado, considera que del modelo de economía costarricense que se extrae de nuestra Constitución, es posible hacer una clasificación de bienes jurídicos relacionados con este modelo, y que en teoría cualquier lesión que se cause los mismos constituiría un delito, de los que este autor denomina específicamente “delitos económicos”.

Estos bienes jurídicos, citados por el autor, se derivan del modelo de economía que establece nuestra Constitución y los cuales son a saber:

- “- *Procurar el mayor bienestar de todos los habitantes por no organizar ni estimular la producción ni el adecuado reparto de la riqueza.*
- *Garantizar un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.*
- *Tener una política permanente de solidaridad nacional.*
- *No permitir monopolios.*
- *No amenazar o restringir la libertad de comercio, agricultura e industria.*
- *Proteger la salud, el ambiente, la seguridad e intereses económicos de los consumidores y los usuarios.*
- *Dar información adecuada y veraz a los consumidores.*
- *No coartar la libertad de elección y el trato equilibrado de los consumidores y usuarios.*

- *Apoyar los mecanismos que se creen para la defensa de los derechos de los consumidores y los usuarios.”²*

Cualquier política económica o actividad financiera, realizada en perjuicio de alguno de estos bienes jurídicos, ocasionaría una lesión que desde la óptica del Derecho, merecería protección. Ahora bien; el tipo de protección que se le asigne (penal o simplemente administrativa), es una cuestión de las políticas económica y criminal del Estado.

La regulación administrativa, ha sido un componente importante a considerar dentro de la política económica; y a lo largo de la historia de nuestra Nación, se ha venido implementando cada vez con mayor cuidado; de manera que el control administrativo sobre esta actividad, con el paso de las décadas se ha ampliado y mejorado, pues así se ha creído necesario, dentro de los objetivos y fines que el Estado considera se deben de alcanzar.

Además, desde 1995, se ha considerado que la intermediación financiera, para alcanzar un sano desenvolvimiento merece protección penal; la cual es evidentemente, una de las máximas protecciones que nuestro Estado le puede otorgar a esta actividad, dado el poder eminentemente represivo de la sanción penal. Las razones de política criminal que llevaron a ampliar la regulación ya existente (la administrativa), propulsando así la implementación de una

² ISSA EL KHOURY, Henry. Op Cit. Pág. 20.

protección penal, es pues uno de nuestros temas centrales de estudio, que páginas más adelante nos permitirá, establecer la importancia de esta medida.

La intermediación financiera se ha considerado como una actividad clave dentro de las que se pueden llevar a cabo en el sistema financiero. Así pues, es posible observar como desde el siglo antepasado hasta la actualidad, el desarrollo del estado costarricense mostró una tendencia, a la intervención y control de esta actividad, con la finalidad de alcanzar variados objetivos de desarrollo, (distintos según el modelo de Estado en el que históricamente nos ubiquemos). Esta tendencia fue común incluso antes de nuestra Carta Constitucional de 1949, evidenciando así, que la economía de un Estado se ha considerado siempre como un instrumento fundamental y necesario para lograr el desarrollo de una Nación.

Podemos afirmar que estos elementos: sistema financiero, economía y Estado; están intrínsecamente relacionados, y por lo tanto, para poder estudiar lo que significa el primero de estos conceptos, es necesario inicialmente entender cuál es nuestro modelo de Estado y economía costarricenses.

Ahora bien, para lograr definir lo que significa sistema financiero se cita al autor ZAMORA MURILLO, quien lo hace de la siguiente manera:

“El sistema financiero tiene como función y cometido la creación, el intercambio, la transferencia y la destrucción de activos y pasivos financieros. En el sistema financiero se comercian en realidad dos cosas; de una parte el riesgo; de la otra, la liquidez. Esta función se lleva a cabo mediante la producción y el suministro de una serie de servicios de acuerdo con determinadas tecnologías. En esos oficios se compran y se venden en una red de mercados en los cuales operan un conjunto de instituciones y empresas especializadas en contacto con los ahorradores, que ofrecen recursos financieros y con los inversionistas y productores que los demandan. Estos ahorradores, inversionistas y productores pueden ser privados o públicos, pueden ser personas individuales y personas jurídicas (empresas e instituciones) nacionales o extranjeras.

Las instituciones financieras son empresas que captan el ahorro de las unidades económicas (empresas, familias) superavitarias, y lo canalizan hacia unidades deficitarias. Las primeras con recursos disponibles que no tienen capacidad o disposición de llevar a cabo proyectos de inversión; las segundas tienen la disposición y la capacidad de llevar adelante proyectos de inversión, pero no los recursos.

En la medida en que el sistema financiero logre poner en contacto a estas unidades económicas, los recursos de la comunidad se estarán usando en

forma más eficiente, y por lo tanto se tendrá una mayor producción de bienes y servicios.”³

La economía costarricense inició su desarrollo desde la misma época colonial, aunque su despegue se propulsó a partir de la segunda mitad del siglo XIX, que es al momento de la independencia, cuando comienza a desarrollarse la actividad económica y comercial de nuestro joven Estado. Sin embargo, no era una economía compleja, sino más bien simple, pues era básicamente de subsistencia (propio de un país sencillo y pequeño), aunque con el paso de las décadas comienzan a aparecer señales de desarrollo comercial, como el intercambio de mercancías, todas principalmente agrícolas (productos como el tabaco, café y el cacao), con las provincias coloniales vecinas de nuestra patria, aún en nacimiento.

De esta manera, con el paso de las décadas y el desarrollo de nuestro país como república; con el aumento de la población y el advenimiento del siglo XX, y el desarrollo de las tecnologías; la economía costarricense fue creciendo, hasta el punto de alcanzar el nivel de desarrollo actual.

³ ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. (1993) El Sistema Financiero y la Intermediación Bancaria el Sistema Económico de Costa Rica (1949-1992) El caso del Banco Nacional. Tesis sometida a consideración del Programa de Estudios de Posgrado en Administración Pública para Optar por el Grado de Magíster Scientiae en Administración Pública. Ciudad Universitaria “Rodrigo Facio”, Costa Rica. Pág. 133.

Sin embargo, sobre el desarrollo del mercado financiero, no es posible afirmar con propiedad que se iniciara en tan tempranas épocas coloniales, ya que no sería pertinente hablar de una verdadera actividad financiera, cuando en realidad la economía era únicamente de subsistencia. Es factible considerar, que el nacimiento de la actividad financiera, en su sentido más elemental, surgió con la creación de los primeros bancos en Costa Rica, luego de la segunda mitad del siglo XIX, permitiendo con esto la proliferación de agentes dedicados a intermediar recursos.

De manera que, “a medida que la economía y el sistema financiero se desarrollan, surgieron otras **instituciones financieras** (o intermediarios financieros). Hoy, los gobiernos, los bancos comerciales, las asociaciones de ahorro y préstamo, los bancos de ahorro mutuo, las cooperativas de crédito, las compañías de seguros, los fondos de pensiones, y los fondos mutuos, todos participan de la actividad de transferir fondos de ahorradores a inversionistas. Este proceso se ha llegado a conocer como **intermediación financiera** (...). El proceso de intermediación financiera ha originado una variedad de activos financieros (instrumentos financieros o de crédito) tales como acciones, bonos, hipotecas, fondos mutuos, acuerdos de compra, etc. Estos activos se negocian en mercados específicos; nuestro sistema financiero⁴, se ha convertido en una red compleja, en

⁴ Esta referencia debe ubicarse dentro del mercado financiero estadounidense, que es el ámbito sobre el cual se erige el infra citado libro.

la cual distintos tipos de instituciones financieras comercializan una amplia variedad de activos en mercados financieros muy diferentes”⁵.

Así, el mercado financiero es el escenario en el cual se crean, destruyen y trasladan “activos y pasivos”⁶ financieros. Este proceso de creación, destrucción y traslado de recursos se da entre instituciones superavitarias e instituciones deficitarias; es decir, instituciones que producen activos en mayor cantidad de la que necesitan, y por lo tanto tienen el poder de ahorro de los mismos; y se da entre instituciones que no tienen dicho poder, sino más bien interés de obtener estos ahorros para cubrir sus propias necesidades, de acuerdo a sus actividades de producción. Quien ayuda en este proceso es el intermediario financiero, el cual mediante la oferta de un servicio (de intermediación) pone en contacto a ambas instituciones.

⁵ LE ROY MILLAR, Roger. PULSINELLI, Robert W. (1992) Moneda y Banca. Segunda edición. Traducción ROSAS LOPETEGUI, Gloria Elizabeth. Editorial McGraw-Hill. Pág.53.

⁶ Según el Glosario de Términos Financieros de la Superintendencia General de Entidades Financieras (2007). www.sugef.fi.cr/servicios/documentos/normativa/glosario, se entiende por **Activos**: Comprende las cuentas representativas de los bienes de propiedad de la entidad y los derechos que la misma tiene frente a terceros. Estas cuentas han sido clasificadas en los siguientes grupos: Disponibilidades, Inversiones temporales, Cartera de créditos, Otras cuentas por cobrar, Bienes realizables, Inversiones permanentes, Bienes de uso, Otros activos y Activos para actividades distintas a la intermediación financiera.

Pasivos: Comprende las cuentas representativas de las obligaciones ciertas de la entidad, en cambio, no incluye las obligaciones potenciales sujetas a hechos futuros inciertos las cuales se registran en el grupo "600 - Cuentas Contingentes". Estas cuentas han sido clasificadas en los siguientes grupos: Obligaciones con el público, Obligaciones con el Banco Central de Costa Rica, Otras obligaciones financieras, Otras cuentas por pagar y provisiones, Otros pasivos, Obligaciones subordinadas, Obligaciones convertibles en capital y Pasivos por actividades distintas a la intermediación financiera.

El objetivo de esta actividad, es ofrecer a la institución superavitaria la obtención de un interés activo por la colocación de sus ahorros, y poner a disposición de instituciones deficitarias estos recursos, solicitando por ello el pago de un interés pasivo, que se supone solventa el costo de obtención de los mismos, y el costo de colocación, e incluye además, lo que se considera es la ganancia para el intermediario, pues ciertamente es necesario que esta actividad suponga un atractivo económico para él, que es por demás el incentivo real de su participación dentro del mercado financiero.

Éste, un mercado en el cual, operan diversos agentes financieros que pueden ser tanto personas físicas como jurídicas, estas últimas a su vez pueden ser tanto públicas (bancos estatales y bancos públicos creados por leyes especiales), como privadas (bancos privados, entidades financieras, comúnmente sociedades anónimas, y cooperativas de ahorro y crédito); ya que los agentes privados desde 1995 tienen autorización para practicar intermediación financiera, movilizand o recursos captados del público para destinarlos a actividades de crédito.

Nuestro sistema financiero, es por tanto, un sistema que permite la libre práctica de la intermediación financiera, únicamente sometién dose a los controles estatales correspondientes.

En conclusión, “el sistema financiero es un sector más de la economía nacional. Dedicado no a la producción de bienes, sino a la producción de servicios, a saber, los llamados servicios financieros”⁷, pues los recursos que se trasladan de un sector a otro, no son el producto derivado de la actividad, son más bien la herramienta con la cual se lleva a cabo. Así, lo que realmente se obtiene de la actividad de intermediación financiera es un servicio, “...el cual utiliza diversos factores de la producción, demanda ciertos insumos y necesita información específica”⁸; es por tanto, un servicio especializado, cuya prestación requiere de elementos adecuados y específicos, que la convierten en una actividad de tratamiento delicado, y según se viene explicando, es una parte importante del sistema financiero.

De acuerdo con nuestro modelo de economía y Estado, se permite la participación en dicho escenario de toda institución financiera y agente de intermediación, que tenga la capacidad de ahorrar, captar recursos e intermediar los mismos; sea público o privado, siempre y cuando, la manera en que se realiza dicha actividad esté orientada a contribuir en una mejor producción de los recursos de nuestro país, y en un adecuado reparto de la riqueza. De estos objetivos, es que se desprende el interés en nuestro legislador por fiscalizar y controlar esta actividad.

⁷ ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 134.

⁸ ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 135.

De manera que, “en el tanto coexistan unidades económicas superávitarias que generan una oferta de activos financieros, junto con unidades deficitarias que generan demanda de aquellos, la labor del intermediario financiero consiste en canalizar el ahorro excedente en un sector de la economía hacia otros en que su utilización sea más productiva, garantizándose la recuperación de recursos financieros y sus respectivos intereses, generando así la utilidad necesaria para consolidarse y permanecer en el mercado.”⁹ La intermediación financiera mueve por tanto, elementos importantes del sector financiero, y genera dividendos intrínsecamente relacionados al desarrollo de un país, tales como el ahorro y el capital para inversión.

Así por lo tanto, la función de los mercados financieros consiste en “canalizar fondos de ahorro hacia las inversiones por parte de las empresas. Existen dos grupos básicos que son las familias y las empresas”¹⁰.

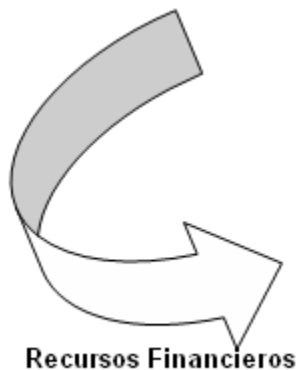
Así, se puede esquematizar este proceso de la siguiente manera:

⁹ ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 163.

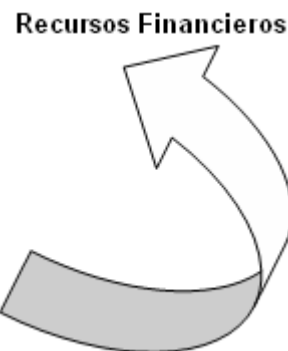
¹⁰ LE ROY MILLAR, Roger. PULSINELLI, Robert W. Op. Cit. Pág 53.

ENTIDAD SUPERAVITARIA

(Produce recursos financieros en exceso pero no los medios para ponerlos a producir, y posee por ello capacidad de ahorro, estos recursos los pone por tal a disposición del intermediario, exigiendo por ello el pago de un interés y la garantía de seguro y resguardo)

**INTERMEDIARIO FINANCIERO**

(Requiere del público ahorrador, es decir el ente superavitario; recursos que por sí mismo no posee, y ofrece para ello el pago de un interés activo, así como la seguridad del resguardo de los recursos, esto por garantía propia. Pone por cuenta y riesgo propio estos recursos a disposición de entes deficitarios, ya sea en actividades de crédito o inversiones de valores, y cobra por ello, el pago de un interés pasivo.)



“La diferencia entre el interés pasivo y activo, es lo que se denomina margen de intermediación financiera, representa la ganancia que el intermediario financiero ve en esta actividad, aunque esto tomando en cuenta valores más complejos tales como 1. Volumen de recursos, (cantidad de dinero manejada por la institución), 2. Financiamiento externo (directamente relacionado a los activos totales), 3. Ingresos por servicios (otras actividades aparte de intermediación que realizan las instituciones bancarias o financieras y que representan también ingresos), 4. Gastos administrativos (infraestructuras, salarios de personal, mantenimiento de equipos etc.), 5. Pérdidas y riesgos (No todos los préstamos otorgados serán cancelados, ni todas las inversiones serán exitosas).”¹¹

¹¹ ZAMORA MURILLO, Op. Cit. Pág 141.

De manera que, son variados los agentes que intervienen en la realización y desarrollo de esta actividad, los cuales con el paso de las décadas se han acrecentado conforme se amplía el mercado financiero, y las diferentes actividades comerciales y económicas que en él se llevan a cabo, y que alcanzan no solo a nuestro mercado interno, sino también al mercado internacional.

Es decir que, “día a día, el sistema financiero es más complejo, gracias al surgimiento de nuevas instituciones, al mayor volumen de operaciones bancarias y a la gran diversidad de títulos valores y servicios ofrecidos. Por tal razón, es necesaria la existencia de una integración total en el sistema financiero, para evitar distorsiones que dificulten el adecuado funcionamiento de éste, para lograr mayor seguridad y competencia”¹², y junto a esta integración, se hace necesaria también la implementación de un sistema de control eficiente, en procura de fomentar las sanas prácticas financieras, pero tal sistema de control será objeto de estudio más adelante.

En conclusión, podemos decir el desenvolvimiento del sistema financiero a lo largo de la historia de nuestro país, forma parte del desarrollo y la

¹² DELGADO SÁNCHEZ, Olga María. LÓPEZ ORDÓÑEZ, María del Milagro. (2002). Análisis del margen de intermediación financiera de los bancos estatales de Costa Rica, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley 7558, promulgada el 27 de noviembre de 1995. Una producción editorial del Centro de Información Álvaro Castro J. www.aci.com/areacentrodeinformación/vol3no12

evolución histórica que también han emprendido la economía y el Estado costarricense. Lo cierto es que desde el siglo antepasado, se ha entendido la necesidad de regular las actividades que se realizan dentro de nuestro sistema financiero, para así orientar el desarrollo económico del país, siguiendo para ello distintos modelos de intervención estatal a lo largo de su historia.

B. La división del mercado financiero:

En este punto, se debe hacer referencia a la división del mercado financiero, ya que es importante considerar que los intermediarios que son regulados en nuestro país, si bien se movilizan dentro de la totalidad del mercado financiero; pueden realizar (mediante diferentes tipos de transacciones de captación, y los diferentes tipos de activos que movilizan), variadas actividades económicas, (comúnmente consideradas como: intermediación financiera e intermediación bursátil), dando lugar con esto, a dos tipos de submercados:

En primero lugar, está el mercado crediticio o monetario, “el término mercado monetario se aplica usualmente a la negociación de instrumentos de crédito emitidos a menos de un año. Los instrumentos del mercado monetario son altamente líquidos y fácilmente negociables”¹³. De manera que las transacciones

¹³ LE ROY MILLAR, Roger. PULSINELLI, Robert W. Op.Cit. Pág. 74.

que con mayor frecuencia se realizan en este mercado, son aquellas “relaciones directas de crédito entre dos o más personas, tanto en su vertiente activa como pasiva (préstamos, créditos, depósitos) sean estos mercados crediticio a corto plazo o bien a largo plazo”¹⁴.

El mercado de valores o de capitales, incluye por su parte, “la compra y venta de valores que tienen un año o más de vencimiento, es decir, valores a largo plazo. El mercado de valores se considera abiertamente como parte del mercado de capitales. En cierto modo una acción es un valor a largo plazo porque no tiene fecha de vencimiento (...). El segundo componente por su importancia en el mercado de capitales es el mercado de hipotecario (...) el tercer componente en importancia en el mercado de capitales es el mercado de bonos corporativos. Las compañías de seguros de vida son las principales tenedoras de estos bonos corporativos.”¹⁵

De manera que, las transacciones que son llevadas a cabo en este mercado de capitales, refieren a transacciones de valores, distintos de dinero. Son por tanto, “las relaciones de crédito y financiación entre una unidad demandante

¹⁴ CHACÓN BLANCO, José Enrique. (1992) Derecho del Mercado de Valores. Tomo I. Dykinson, Madrid. Pág. 13. Citado por ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág. 22.

¹⁵ LE ROY MILLAR, Roger. PULSINELLI, Robert W. Op.Cit. Pág. 73.

de financiación y un número elevado de ahorradores a través de unos valores negociables de carácter homogéneo y fungible.”¹⁶

Así por tanto, se tiene que en el primer mercado, lo que se negocia es dinero, mientras que en el segundo, lo que trasciende de un sector a otro, son valores¹⁷. De lo anterior se concluye que son dos las actividades que se distinguen en el mercado financiero, las actividades dedicadas a la captación de recursos financieros para el crédito (intermediación financiera); y las actividades dedicadas a la captación de recursos como capital de financiamiento, mediante la oferta de valores y obligaciones negociables (intermediación bursátil).

A efectos del presente trabajo, lo que interesa es estudiar el desarrollo de la actividad financiera crediticia, ya que es por excelencia la actividad desarrollada por los intermediarios financieros en nuestro país, de manera que al hacer referencia en adelante a la “actividad de intermediación financiera”, se entenderá por tal la intermediación financiera crediticia. Y sobre la cual interesa estudiar su historia, su concepto (elementos conformadores), los agentes que la

¹⁶ CHACÓN BLANCO, José Enrique. (1992) Derecho del Mercado de Valores. Tomo I. Dykinson, Madrid. Pág. 13. Citado por ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág. 22.

¹⁷ “se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil” (artículo 2. Ley Reguladora del Mercado de Valores Ley No. 7732 de 17 de diciembre de 1997, Publicada en La Gaceta No. 18 de 27 de enero de 1998).

desarrollan, y el marco legal de regulación de la misma. Aunado a esto, será importante, mantener presente las diferencias existentes en relación con la intermediación bursátil, las cuales se puntualizarán con mayor detalle, durante el desarrollo de este trabajo.

Título II

El desarrollo histórico de la actividad financiera en Costa Rica

Si se recapitulan las ideas formuladas anteriormente, se ve como la actividad de intermediación financiera consiste en el traslado de activos financieros de sectores superavitarios hacia sectores deficitarios, por medio del intermediario financiero, cuya función principal es poner en contacto a estos dos sectores de la economía. El escenario de desarrollo de esta actividad es el sistema financiero, y en este escenario actúan diferentes tipos de agentes, públicos y privados, que se encargan entre unos y otros de proveer, requerir, y movilizar recursos financieros, y esto es lo que al final caracteriza la dinámica del sistema financiero.

Ésta es una actividad desarrollada comúnmente por los bancos, aunque no se limita únicamente a ellos, pues en la actualidad las instituciones financieras no bancarias, constituidas como sociedades anónimas, las cooperativas de ahorro y crédito e incluso personas físicas, pueden realizar esta actividad; sin embargo, históricamente en nuestro país han sido las instituciones bancarias (públicas o privadas), las que han desarrollado esta actividad por excelencia.

Si se estudia la historia de la actividad bancaria en nuestro país, vemos como fue común que las instituciones que originalmente prestaban servicios

financieros fuesen bancos de capital privado, es decir, que la actividad bancaria en nuestro país comenzó por la iniciativa de particulares ajenos al Estado; esta tendencia estuvo presente desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, aproximadamente.

Posteriormente, con el desarrollo del Estado y el aumento de la intervención de éste en la actividad económica del país, los bancos pasaron a tener capital privado y público, es decir, que el Estado compró parte de las acciones de algunos bancos privados que operaban en ese momento, en procura de tener alguna intervención en la actividad bancaria. Éste fue un elemento característico de la actividad bancaria costarricense, desde inicios del siglo XX, y hasta el Decreto de Nacionalización de Bancos de 1948, mediante el cual se decretó el interés público que prevalecía sobre los servicios financieros, pues a partir de 1948 se crea un monopolio legal a favor de los bancos del Estado, los cuales eran los únicos facultados para realizar intermediación de recursos captados del público. Además, los tres bancos que tenían en ese momento capital privado, pasaron a ser empresas públicas a partir de dicho decreto.

Ya para 1995, (cuando entró en vigencia la reforma a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica), los servicios financieros se abrieron a manos privadas, creando así un sistema mixto en el que actúan tanto agentes públicos como privados; siendo éste el trazado actual de nuestro sistema financiero.

Por lo tanto, es importante considerar en el estudio de la intermediación financiera en nuestro país, el desarrollo de la actividad bancaria; pues los bancos son por excelencia quienes desempeñan esta función, la cual emprendió su despegue a finales del siglo antepasado, cuando iniciaron sus actividades dos bancos de capital privado vinculados a la oligarquía cafetalera y al capital inglés, estos bancos eran el Banco Anglo Costarricense y el Banco de Costa Rica (conocido como el Banco de La Unión) éste último se constituía como la entidad con mayor poder económico de nuestro país, pues era un banco con muchas potestades otorgadas por el gobierno y sin ningún tipo de regulación, "...dadas las circunstancias, no había ningún tipo de regulación legal que afectara la organización y funcionamiento de los bancos, ni supervisión alguna por parte del Estado en cuanto a la seguridad de los depósitos y la orientación de crédito. Los Bancos Privados en su relación con el poder político, eran quienes determinaban el funcionamiento del sistema monetario, bancario y económico de Costa Rica."¹⁸

La primera regulación legal para la actividad bancaria en nuestro país fue la Ley de Bancos No. 16 del 25 de abril de 1890, de la cual de manera sencilla regulaba en un primer capítulo los procedimientos para establecer bancos particulares, además, en un segundo capítulo regulaba los requisitos en cuanto al capital y reservas en moneda de oro necesarias para la emisión de billetes. Con este nuevo elemento legal se eliminó el monopolio en la emisión de dinero que

¹⁸ ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 63.

tenía el Banco de Costa Rica tratando de procurarse la igualdad en el desarrollo de la actividad.

Sin embargo, esta normativa tenía lagunas de regulación sobre importantes temas, especialmente en el de intermediación financiera, es decir, captación de recursos y la colocación de los mismos en actividades de crédito. “La ley de Bancos no contenía disposición alguna referente a las operaciones de crédito que podrían efectuar los establecimientos bancarios, ni en cuanto a su naturaleza, cuantía, inversión o garantía, tampoco hacía mención de la más importante fuente de recursos de los bancos, los depósitos del público, ni garantizaba la seguridad de los depositantes por el uso que los bancos haría de sus dineros.”¹⁹

Pese a estas omisiones importantes, la nueva Ley de Bancos representó un beneficio para el desarrollo del sistema financiero costarricense, “...pues en el período comprendido entre la promulgación de la ley y la terminación de la Primera Guerra Mundial, se crearon cinco instituciones de crédito: Banco Comercial de Costa Rica, Banco Mercantil de Costa Rica, Banco Internacional de Costa Rica (sucursal del Royal Bank Of Canadá) y Banco Crédito

¹⁹ ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. Op. Cit. Pág. 66.

Agrícola de Cartago”²⁰, ampliándose con esto, los entes y la estructura misma del sistema financiero, lo cual repercutió a su vez, en el acrecentamiento de la movilización de capitales, y por lo tanto, proporcionando un mayor impulso en la producción de recursos.

A partir de este momento, se establece un lineamiento importante para la actividad bancaria, de manera que al procurarse al menos de manera lacónica, mediante la Ley de Bancos, una igualdad de condiciones para las instituciones bancarias que operaban en nuestro país, se eliminó así los evidentes privilegios que se le concedían a una sola entidad por sobre las demás, esto propulsó el despliegue de nuevas instituciones que habrían de desarrollarse en los años siguientes.

Sin embargo, el desarrollo económico del país estaba limitado hasta entonces, por el mismo esquema de desarrollo que se planteaban las instituciones bancarias, de manera que el financiamiento estaba restringido por estrictas directrices de financiamiento, relacionadas a la rentabilidad de la inversión y no con una óptica desarrollista. Sería esta circunstancia la que la reforma bancaria de 1948 buscaría cambiar.

²⁰ PACHECO GIL, Rufino . 125 años del Banco Anglo Costarricense en la Historia de Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1998, p72. Citado por Luis Alberto ZAMORA MURILLO. Pág. 67.

El 21 de junio de 1948 la Junta Fundadora de la Segunda República, encabezada por José Figueres Ferrer como jefe del gobierno de facto, aduciendo motivos de utilidad pública, establece el monopolio de la intermediación financiera a favor del Estado, creando así una peculiaridad única en la historia de nuestro sistema financiero, pues si bien por un lado se buscaba darle protección y respaldo estatal a las actividades de intermediación de recursos, por el otro ocurrió que la eficiencia característica de las instituciones privadas, fue remplazada por una burocracia institucional, común de las entidades del Estado.

Sin embargo, es importante apuntar, que al momento de la nacionalización bancaria, los fines que se buscaban iban orientados a crear nuevas oportunidades económicas que las instituciones bancarias privadas no estaban dispuestas a financiar, además de proporcionarles a los inversionistas la seguridad estatal sobre sus inversiones.

Así, "...el dilema de la protección de la estabilidad del sistema monetario y una aceptación suficiente por parte de los bancos, con el fin de promover el crecimiento económico, se intentó resolver en Costa Rica, implícitamente al menos, con la nacionalización. Al ser los bancos propiedad del Estado, y por lo tanto, estar exentos del peligro de quiebra legal, se le lanzó una señal a los depositantes, de que las autoridades se hacían responsables de la seguridad de los activos financieros que acumularan, independientemente de la

existencia explícita de un seguro de depósitos. Al mismo tiempo, los grupos de poder que nacionalizaron la banca buscaron, entre otras cosas, crear nuevas oportunidades económicas, que los bancos privados de entonces hubieran encontrado demasiado riesgosas de financiar. No sería ya la maximización de utilidades esperadas, sino criterios 'desarrollistas' los que orientaría la asignación del crédito.”²¹

Sin embargo, el horizonte de estos objetivos se perdió dentro de una intrincada burocracia institucional, además de una “politización” de los bancos, es decir, con el nombramiento de políticos que sustituyeron a los banqueros tradicionales, y esto facilitó a su vez la intromisión del poder político en la asignación del crédito, de manera que “el éxito de esta aparente solución sub-óptima habría de ser solo temporal. Tras imitar a los bancos privados, en sus primeros días, los bancos estatales evolucionaron hasta convertirse en agencias esencialmente burocráticas (...). Con el tiempo, los banqueros originales fueron siendo sustituidos por políticos nombrados por el Poder Ejecutivo en las juntas directivas de los bancos.”²²

²¹ GONZÁLEZ VEGA, Claudio. (1990) Seminario Sobre Políticas Económicas en Costa Rica. Políticas de Intermediación Financiera. San José, Costa Rica. Marzo, 1990. Pág. 17.

²² GONZÁLEZ VEGA, Claudio. Op. Cit. Pág 19.

Por otro lado, contribuyeron al colapso de este modelo de sistema financiero, algunas políticas económicas desacertadas para tratar de establecer un control eficaz sobre el desarrollo económico y la asignación de créditos, un ejemplo de esto, fueron los topes de carteras (limitaciones para la concesión del crédito en relación con la actividad de la que se tratara).

Todo lo cual fue creando mayores dificultades en relación con la actividad bancaria, pues "...las deficiencias de este sistema se hicieron cada vez más evidentes. El Banco Central tenía que distraer esfuerzos de sus funciones monetarias tradicionales para diseñar y supervisar el Programa Crediticio, cuya ejecución también resultaba cara a los bancos. En ausencia de información adecuada, los topes de cartera fueron simplemente proyecciones rígidas de los niveles del año anterior, salvo cuando respondieron a la influencia de algún grupo de presión."²³

Por lo tanto, los topes de cartera fueron una política difícil y costosa de ejecutar para los bancos, pues antes de lograr una adecuada distribución del crédito, más bien sucedió que éste último se concedía en razón de inapropiadas proyecciones del año anterior, independientemente de las condiciones particulares de quien solicitara el crédito, o si las condiciones de la actividad habían cambiado

²³ GONZÁLEZ VEGA, Claudio. Op. Cit. Pág. 21.

en relación con las del año anterior. “El resultado final fue una asignación rígida del crédito, con una cartera que tendía a replicarse todos los años, y una renuencia de los bancos estatales a financiar actividades innovativas”²⁴.

Otra situación repercusiva, en relación con las intervenciones estatales empleadas en el sistema financiero luego de la Nacionalización Bancaria, tiene relación propiamente con la aparición de financieras no reguladas, las cuales buscaron mecanismos “legales” para hacer circular fondos de los depositantes.

Pues, una de “...las primeras evidentes fisuras en la estructura regulatoria surgieron con definiciones bastantes restrictivas de cuáles son los depósitos a los que se refiere el monopolio de bancos estatales (los depósitos a la vista de ahorro únicamente). Esta interpretación abrió la oportunidad para que otros intermediarios movilizaran fondos con instrumentos equivalentes a los depósitos a plazo (seis meses y más). Esto permitió la expansión de financieras no reguladas, con base en la colocación de “certificados de inversión” y la captación de fondos externos. Cuando la inflación se aceleró en los años setenta, las financieras privadas comenzaron a pagar tasas de interés por los depósitos, más altas que las reconocidas por la banca estatal. Esta competencia exitosa de las financieras, en vista de su más ágil capacidad de reacción, elevó su participación al siete por ciento de los activos totales del sistema financiero para

²⁴ GONZÁLEZ VEGA, Claudio. Op. Cit. Pág. 22.

1975. (...) Al crecer la importancia de las financieras, se consideró además necesario someterlas a la vigilancia de la Auditoría General de Bancos. En efecto 20 de las 51 financieras existentes pasaron a ser “reguladas” en 1972 y otras más lo serían en los años siguientes, cuando algunas de estas financieras se hicieron lo suficientemente grandes, se transformaron en bancos privados, pero sin autorización para movilizar depósitos.”²⁵

Sin embargo, junto al surgimiento de esta exitosa competencia para la banca del Estado, se localiza uno de los principales motivos para expandir la regulación estatal hacia estas nuevas instituciones: en la década de los ochenta, muchas de estas financieras, que habían estado ofreciendo a los depositantes altas y atractivas tasas de interés, pero que sin embargo, eran totalmente discordes a la realidad económica del país y de las mismas financieras, por lo que en muchos casos no pudieron ser pagadas tal como se habían ofrecido. Aunado a esto, en algunas de estas instituciones, el mal manejo de los fondos provocó su quiebra, trayendo con ello pérdidas cuantiosas directas para muchos inversionistas.

De manera que, cuando “a mediados de la década, muchas de estas financieras quebraron, causando conmoción en el ambiente nacional dada la cantidad de 'inversionistas' perjudicados, quienes prácticamente de la noche a la

²⁵ GONZÁLEZ VEGA, Claudio. Op. Cit. Pág. 25.

mañana, perdieron no solo las expectativas de los dividendos prometidos, sino también el capital invertido”²⁶, quedó en evidencia la urgente necesidad de regular estos nuevos agentes del mercado.

“La quiebra de las financieras privadas, en la mayoría de los casos obedeció a malos manejos de los dineros captados y a la obligación adquirida de pagar dividendos exagerados, sin que existiera una proyección real de cómo alcanzaría semejante meta. A su vez, los inversionistas perjudicados cometieron la imprudencia de depositar su confianza en entidades financieras de poca o ninguna trayectoria, que no contaban con el respaldo estatal, ni con un fondo de seguro que garantizara su solidez, que operaban con toda libertad sin controles estrictos por parte del Gobierno. Esas entidades inversoras, en su afán de lucro captaron del público grandes sumas, prometiendo rendimientos cercanos al cincuenta por ciento, lo que posteriormente no pudieron cumplir, no quedándole más camino que declararse en quiebra”²⁷

Y si bien aún no existía la tipificación de la captación ilegal de recursos, tal como existe actualmente en nuestra legislación, esta quiebra conjunta de las

²⁶ ARIAS SOTO, Sara Patricia. (1998) Delito Financiero y Delito Bursátil: Análisis de los principios políticos criminales para orientar una reforma al código penal. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. Pág. 14.

²⁷ *Ibidem*.

financieras, fue el primer antecedente de delincuencia económica percibido en el país, sin embargo, pese a esta situación, no se alcanzó una reforma legal efectiva para controlar las acciones relacionadas a la captación de recursos sin autorización; pues si bien se propulsó la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República, que buscaba poner a estas instituciones bajo el control de la Auditoría General de Entidades Financieras; ciertamente, no se logró luego de este incidente, una fiscalización eficaz para estas instituciones, pues el ente regulador no contaba con las potestades necesarias para controlar a las instituciones que no se sometían al control del Estado.

“A pesar del enorme número de perjudicados por la pérdida de su patrimonio, el Estado no intervino en la situación, haciendo caso omiso a los clamores públicos que exigían que éste resarciera a los damnificados, por no haber efectuado una política preventiva de control sobre esas entidades, que realizaban intermediación financiera a vista y paciencia del gobierno.

Tampoco se crearon tipos penales o se modificaron los existentes, en procura de prevenir situaciones similares en el futuro. El Estado no se interesó en crear organismos que analizaran la situación ocurrida, con la finalidad de explicar el fenómeno, proponiendo políticas criminales que plantearan una posible

solución, ello a pesar del impacto que la quiebra masiva y dolosa de esas entidades causó en la confianza pública.”²⁸

La promulgación de una regulación más amplia se logró hasta 1995 derivada de la intervención y posterior disolución, de uno de los cuatro bancos estatales con mayor trayectoria en la historia de nuestro país: se hace referencia a la *quiebra* del Banco Anglo Costarricense, (aunque no es apropiado hablar de quiebra, pues los bancos del Estado están exentos de la misma). A diferencia de las financieras privadas que quebraron en los años ochenta; en esta ocasión, se trataba de la disolución forzosa de un banco del Estado de gran prestigio; evidenciado con esto, las consecuencias de la corrupción política y el fraude financiero con fondos públicos.

El Banco fue intervenido el 13 de junio de 1994 por recomendación del Banco Central, “Figuran como principales razones para la intervención del Banco, la compra de las subsidiarias Almacén de Valores Comerciales (a través de ella se adquirió deuda externa venezolana), así como la autorización de sobregiros en cuenta corriente (¢4.737 millones a mayo del 94). También, el estrepitoso crecimiento de la cartera morosa (entre enero del 93 y abril del 94 representaba el 13% de la cartera total) y los retiros masivos dados durante el proceso de

²⁸ ARIAS SOTO, Sara Patricia. Op. Cit. Pág. 14.

intervención.”²⁹ Y finalmente el Banco fue disuelto mediante ley No. 7471 Ley de Disolución del Banco Anglo Costarricense del 20 de diciembre de 1994.

La derivación de este descalabro financiero, fue el planteamiento de una reforma a La Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en 1995, que eliminó el monopolio a favor del Estado de los depósitos del público, para ser destinados a actividades de crédito, y que marcaría el regreso a un sistema mixto de intermediación financiera. Este sistema mixto, es en el cual se desenvuelven actualmente los agentes financieros de nuestro país. Además, esta reforma terminaría por regular penalmente el ejercicio sin autorización de la intermediación financiera, incluyendo una sección de delitos financieros.

En realidad, lo que se extrae de la experiencia de la nacionalización bancaria, y la posterior apertura del mercado financiero a agentes privados, creado así un mercado mixto, es la tendencia constante de estos agentes para concebir nuevos mecanismos que respondan mejor a las exigencias del mercado, dejando además con ello en evidencia, la necesidad no solo de ampliar el mercado financiero sino además, de establecer con ello, mecanismos de control que estén acordes al desarrollo del sistema y sus agentes; y que además resguardaran los intereses de los ahorradores; pues luego de 1994, fue indudable

²⁹ QUESADA CÉSPEDES, Wilberth. (2004). Polémica y altas tasas azotan a sistema financiero. El financiero 17 octubre 2004. Artículo publicado en www.hacienda.go.cr/centro/datos/Noticia.

que el mal manejo de los recursos del público ahorrador, podría darse también por parte de entidades estatales, que hasta entonces se creían seguras y estables, y causar con ello pérdidas enormes para los ahorradores y el Estado. De esta nueva orientación proteccionista, nace la regulación de la intermediación financiera como delito penal, y es en lo que se centrará nuestro estudio más adelante.

Título III

El concepto de intermediación financiera y los diferentes tipos de intermediarios en el sistema financiero costarricense.

A. El concepto de intermediación financiera: (elementos conformadores):

Como se viene explicando, la intermediación financiera es la actividad que se desarrolla en el mercado financiero, y consiste en la movilización de recursos de una institución a otra. Quien se encarga de realizar esta movilización de recursos, es el intermediario financiero. Mas, sin embargo, se debe de aclarar que esta noción es únicamente una introducción hacia un concepto mejor elaborado, que se logrará haciendo un análisis de sus distintos elementos, e instrumentos jurídicos que la regulan.

El punto de partida para lograr este concepto es la normativa costarricense, que como se venía explicando, se ha dado a la tarea de regular las actividades financieras que se han considerado necesarias para lograr la adecuada organización y estímulo de la producción, y alcanzar así un apropiado reparto de la riqueza, esto según preceptos de nuestra propia Constitución.

La normativa que se encarga, de definir lo que se considerará intermediación financiera es la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica Ley 7558 del 27 de noviembre de 1995, la cual establece:

Capítulo IV:

Superintendencia General de Entidades Financieras

Sección I: Dirección y Administración

Artículo 116. Intermediación financiera

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

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.³⁰

El contenido de esta norma es amplio, por lo que merece un especial estudio de cada uno de sus párrafos, y los elementos que se enuncian, para lograr así, una definición de la actividad de intermediación financiera.

El párrafo primero de la norma citada se refiere expresamente a los sujetos facultados para realizar intermediación financiera, además de la obligación que tiene el Estado de controlar sus actividades. Este párrafo establece:

³⁰ Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (ley n.º 7558). Asamblea Legislativa. República de Costa Rica. *Actualizada y revisada al 3 de junio del 2005.*

- Los sujetos facultados para realizar intermediación financiera (públicos y privados).
- La obligación de contar para ello con la autorización legal.
- La institución que se encargará de expedir dicha autorización.
- La obligación de que esta autorización sea dada únicamente cuando se cumplan los requisitos legales.

De la lectura de las anteriores ideas, se puede denotar que la ley ha reconocido la necesidad de regular la actividad de intermediación financiera, además de que para ello ha creado una obligación legal para una institución del Estado (La Superintendencia General de Entidades Financieras), a fin de que regule y verifique el cumplimiento de los requisitos; además de que otorgue la autorización necesaria.

Cabe decir, que los detalles que se extraen de este párrafo nos introducen hacia algunos elementos del delito de intermediación financiera no autorizada, que se estudiará con mayor detalle más adelante, como los sujetos y elementos normativos del tipo penal.

El segundo párrafo, por su parte, es el que con más claridad remite a una definición concisa de lo que se trata la intermediación financiera, pues el

mismo establece que: “para los efectos de la presente ley, se entiende por intermediación financiera...”, y acaba refiriendo a un concepto que merece ser desglosado para su mejor estudio en cinco elementos constitutivos de la definición:

Para que exista intermediación financiera debe de haber:

1. Captación de recursos financieros del público
2. En forma habitual
3. Que deben de ser destinados, a cualquier forma de crédito o inversión en valores
4. Por cuenta y riesgo del intermediario
5. 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.

SALGADO RODRÍGUEZ³¹, apunta que los elementos extraídos de la definición de la actividad de intermediación financiera, son indispensables para

³¹ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. (2002) Delito de Intermediación Financiera no Autorizada. La Responsabilidad Penal del Gerente. Jurisis Abogados. Costa Rica.

poder determinar el ilícito penal, la ausencia de alguno de estos elementos no permite, contrario sensu la configuración del delito.

A continuación se va a estudiar estos elementos por separado:

1. Captación de recursos financieros del público:

El escenario en el que actúa el intermediario es el mercado financiero, como se dijo ya; es aquí, donde éste percibe recursos financieros del público ahorrador, este último por su parte, tiene dos características:

- a. Deben tener capacidad de ahorro de recursos financieros. Son pues unidades económicas que tienen un superávit en la producción de recursos, y no están dispuestos o no tienen la capacidad de colocarlos en actividades de producción, en su lugar prefieren ahorrarlos.
- b. Deben ser ajenos a la institución o empresa intermediaria, se refiere por tanto a un grupo no específico, a la colectividad de ahorradores.

Mientras que el intermediario le ofrece al público (unidad económica superavitaria), dos razones para depositar sus recursos en él:

- a. Ofrece un interés activo, que captará el ahorrador, como beneficio o ganancia por depositar sus recursos.

- b. La seguridad de que los recursos están siendo protegidos y garantizados por la estabilidad del intermediario. Esta seguridad puede ser variable de una institución financiera a otra.

Estos dos elementos son ponderados por el ahorrador, quien tendrá a la vista lo atractivo de la tasa de interés que ofrece el intermediario, y la seguridad que éste representa para sus recursos. Y aunque no es una relación intrínseca, cabe apuntar, que lo común es que en el mercado financiero, quienes ofrecen tasas de interés más atractivas, son instituciones intermediarias muchas en formación y despegue, que les interesa atraer la atención del público; esto para contrarrestar los niveles de riesgo ante el ahorrador.

Es de considerar al respecto que, las instituciones que cuentan con amplia solidez, se apegan más a las tasas de interés del Banco Central, no necesitando, al menos desde su óptica de servicio, brindar mejores tasas de interés para atraer al ahorrador, pues su solidez es un fuerte incentivo para obtener captaciones del público. Así, por ejemplo, se tiene que las tasas de interés ofrecidas por bancos estatales son más bajas que las ofrecidas por instituciones financieras particulares o por bancos privados, pues la solidez del Estado es para

muchos un atractivo suficiente dado que la Banca Estatal está exenta del peligro de quiebra legal.

En relación con las características del ahorrador, se señaló que en primer lugar, éstos son unidades económicas superavitarias, es decir, unidades que producen exceso de los ingresos sobre sus gastos y por lo tanto, tienen poder de ahorro, no están dispuestos o no tienen los medios, para colocar estos recursos por su propia cuenta en actividades de producción; buscan además poner en resguardo estos recursos y que por ello obtienen beneficios como la captación de intereses.

La segunda característica importante que existe con respecto al público, es que deben ser terceras personas totalmente ajenas a la institución financiera. Es decir, que es indispensable la separación de estos dos entes, el superavitario y el intermediario, por lo cual el primero debe ser totalmente ajeno o extraño al segundo. Su relación pues, dará inicio en el momento en el que el ahorrador deposita los recursos financieros en manos del intermediario.

Así, citando a SALGADO RODRÍGUEZ, "...el proceso de intermediación financiera da inicio con la atracción de recursos del público; entiéndase por éste una masa o grupo no determinado. Se refiere a la recolección de grandes cantidades de dinero, de una gran masa de personas. (...) Mediante

oficio DAJ-068-98 de 06 de marzo de 1998, la Superintendencia definió al público como:

'... cualquier persona extraña a la organización; en otras palabras, no podría entenderse como público al Estado y sus organizaciones, los socios o asociados, representantes o apoderados, etc. (...) el aporte proviene de terceros ajenos a cada organización'.

De lo anterior se puede deducir que al hablar de público, dentro del concepto intermediación financiera, se hace referencia a la generalidad de consumidores, que sin tener acceso a la información relevante de una empresa, deben ser protegidos para evitar ser engañados o estafados.

Es importante señalar que la captación de recursos a un grupo específico, no constituye intermediación financiera. Esto se da en el caso de los socios o empresas relacionadas directamente con la entidad captadora.”³²

Así, por tanto, es distinta la intermediación que se da en asociaciones solidaristas y cooperativas de ahorro y crédito, las cuales, captan recursos de sus propios socios, para destinarlas al crédito de los mismos, esto es lo que se conoce como **cooperativas cerradas** (que dan crédito únicamente a sus asociados).

³² SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia. Op. Cit. Pág. 9.

Por otro lado están las **cooperativas abiertas** que tienen una cartera amplia de asociados y se denominan abiertas pues dan crédito a terceras personas, además de sus socios. Si nos apegamos estrictamente al concepto de intermediación financiera estipulado en la LOBCCR, las cooperativas de ahorro y crédito, así sean abiertas o cerradas, no realizan intermediación financiera, pues el público del que captan recursos es un colectividad determinada y selecta, es decir, sus socios, no es por tanto público en general; mientras que para la intermediación financiera, el público se refiere a una colectividad amplia e indeterminada.

Es una actividad similar, que se diferencia únicamente por un elemento de la intermediación financiera tradicional, y es el público inversionista, ésta es pues una clase especial de intermediación financiera: **intermediación financiera cooperativa**.

Se ve así definido en el artículo 3 de la ley de Ley De Regulación De La Actividad De Intermediación Financiera De Las Organizaciones Cooperativas, en adelante LRAIFOC, Ley 7391. Del el 25 de mayo de 1994, en su artículo 3:

*“ARTÍCULO 3.- Por actividad de **intermediación financiera cooperativa**, se entiende la realización de cualquier acto de captación de dinero de sus propios asociados, con el propósito de destinar esos recursos al otorgamiento de crédito o de inversión en*

el mercado financiero, cualquiera que sea el documento en que se formalice la operación, todo de conformidad con la definición de intermediación financiera establecida por el Banco Central de Costa Rica.” (El texto resaltado no es original)

Es importante denotar que, de acuerdo con las clases de cooperativas de ahorro y crédito, establecidas y definidas por esta misma ley, **solo** podrán realizar tal intermediación, las cooperativas de ahorro y crédito. Se debe agregar además, que para efectos de su regulación administrativa, la intermediación financiera cooperativa, no se diferencia de la intermediación financiera tradicional, que se define en el artículo 116 LOBCCR, ya que a la misma se le ha ampliado la regulación administrativa y fiscalizadora de la SUGEF, esto se desprende del artículo 117 de la LOBCCR:

Artículo 117. Organismos fiscalizados

Están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia y las potestades de control monetario del Banco Central de Costa Rica, los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas. Además, toda otra entidad autorizada por Ley para realizar intermediación financiera.

Las únicas cooperativas de ahorro y crédito que están exentas de someterse al control de la SUGEF, son aquellas de carteras cerradas de asociados con un monto pequeño de activos, según indica el párrafo segundo de supra citado artículo 117 LOBCCR.

“...La Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica podrá eximir de la aplicación de los controles monetarios a las cooperativas de ahorro y crédito, las asociaciones solidaristas u otras organizaciones similares, en función del tamaño de sus activos, el número de asociados o cuando realicen operaciones con un grupo cerrado de asociados.”

Como se ve, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas están sujetas también a la regulación administrativa de la SUGEF, en términos generales (con las anteriores excepciones apuntadas), ya que se ha considerado que la actividad de la intermediación financiera cooperativa, afecta bienes jurídicos igualmente importantes, que merecen ser protegidos.

2. Habitualidad:

Este concepto se refiere a la naturaleza de la captación como un acto constante y continuo, no como una acción aislada. Pues dado que el elemento que

se estudió anteriormente (concepto de público), hacía referencia a una cantidad por lo común amplia e indeterminada de personas; esto implica de por sí, que esa captación no es realizada una única vez, sino en distintas y reiteradas ocasiones, con distintos sujetos (ahorradores), los cuales realizan sus depósitos de manera separada, en distintos momentos y de manera masiva. Es decir, que la actividad de captación es una actividad habitual para el intermediario.

Además, hay una particularidad importante relacionada con la habitualidad, y es **la profesionalidad y la especialización**. Como se apuntó en páginas atrás, la intermediación financiera consiste en la creación, destrucción y traslado de recursos financieros, lo que realmente se obtiene de esta actividad es un servicio, "...el cual utiliza diversos factores de la producción, demanda ciertos insumos y necesita información específica"³³; es, por tanto, un servicio especializado, cuya prestación requiere de elementos determinados, (tales como instalaciones, personal calificado, sistemas informáticos de control y registro propio etc.); que la convierten en una actividad de tratamiento delicado, y que implica en razón de esa complejidad, una mínima profesionalización del intermediario.

"En la intermediación financiera el concepto habitualidad está directamente relacionado con profesionalismo. Ambos conceptos están dirigidos

³³ GONZÁLEZ VEGA, Claudio. Op. Cit. Pág. 135.

al giro comercial de la empresa; a las actividades que realiza la persona, profesionalmente para obtener ganancias de ellas.

Tal y como se detalla en el oficio SUGEF DAJ-035-00, al apuntar que:

*“la presencia de una **habitudinalidad** o manifestación continua y plurilateral de relaciones contractuales con individuos ajenos al control de la empresa (público inversionista), **lo que también se conoce como la profesionalización del sujeto dedicado a tal actividad (...)**” (énfasis no pertenece al original)*

Así también lo ha manifestado la Procuraduría General de la República:

“Esas operaciones deben ser realizadas en forma habitual, lo que indica que dichas operaciones se dan como parte del giro propio del intermediario y, por ende, son operaciones que se repiten. El intermediario es un profesional en su ámbito, porque realiza esas operaciones en forma reiterada, sistemática y normalmente prolongada. Además de profesionalidad, el requisito alude a la especialidad de la actividad.”³⁴

³⁴ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. Op. Cit. Pág. 10.

3. Destino de los recursos:

Este elemento refiere a la dedicación que el intermediario financiero hace de los recursos que obtiene del público. No supone que el intermediario obtenga los recursos para dedicarlos a proyectos propios, o a la satisfacción de sus propias necesidades, pues eso restaría toda ganancia derivada de la actividad, e implicaría en realidad, no una intermediación sino un endeudamiento por parte de la institución financiera con el público inversionista, además de que esto vendría a constituir una actividad totalmente distinta a la que se centra nuestro estudio.

Realmente la finalidad de la intermediación financiera, o el destino que se le debe dar a esos recursos, se contempla igualmente en el artículo 116 de la LOBCCR, como parte de los requisitos conformadores del concepto; al decir que, intermediación es 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**.

Así, se tiene que son dos destinos posibles que pueden tener los recursos captados por los intermediarios financieros. Por un lado, estos recursos pueden orientarse a la actividad crediticia, es decir, prestación de créditos. “Entiéndase por crédito, la operación por la cual el intermediario financiero provee

fondos o facilidades crediticias en forma directa a otra persona. Las operaciones pueden concretarse con cualquier persona física o jurídica que pueda ser destinataria del crédito.”³⁵

El otro destino que estos recursos pueden recibir, según el artículo citado, son las inversiones en valores, pero esto entendido de manera distinta a la inversión que realiza un intermediario bursátil, ya que éste recibe el depósito del inversionista, quien a su vez está indicando si desea hacer la inversión en dichos valores (asume por tal el riesgo).

En esta inversión en valores, a que refiere el párrafo segundo del artículo 116; el intermediario financiero realiza la operación bajo su cuenta y riesgo, mientras que el ahorrador, solo tiene conocimiento de que está entregando sus depósitos en manos del intermediario, y que recibirá por ello el pago de un interés, así como el resguardo de sus depósitos. Es en esta falta de conocimiento, sobre el destino de los recursos que tiene el ahorrador, en donde se centra la diferencia entre un inversionista en Bolsa y un ahorrador financiero, pues el segundo, en realidad no participa en la compra de valores, como lo hace propiamente en un inversionista de Bolsa.

³⁵ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. Op. Cit. Pág. 12.

4. Riesgo que asume el intermediario financiero:

El riesgo derivado de la actividad de intermediación financiera, consiste en la pérdida de los recursos que fueron destinados a las actividades de crédito e inversión en valores, pues el intermediario no contó con los medios o capacidad, necesarios para recuperar su inversión, cubrir los gastos de colocación, o mucho menos obtener las ganancias esperadas.

Existen diferentes tipos de riesgo, a los cuales se enfrenta un agente del sistema financiero, así por ejemplo, se tiene que "...desde el punto de vista financiero se pueden establecer seis categorías de riesgo: 1. **Riesgo de solvencia:** se presenta cuando el nivel de capital de una entidad es insuficiente para cubrir las pérdidas no protegidas por las estimaciones, erosionando su base patrimonial. 2. **Riesgo de crédito:** Se refiere a la posibilidad de sufrir pérdidas si los clientes y contrapartidas, con los cuales la entidad financiera tiene contratadas operaciones, incumplen los compromisos contractuales que han adquirido por falta de solvencia o de intención de pago. 3. **Riesgo de liquidez:** Se origina cuando la entidad financiera no posee los recursos líquidos necesarios para atender sus exigibilidades u obligaciones con terceros en corto plazo. 4. **Riesgo de mercado:** Se encuentra asociado a factores ajenos o independientes, como los aspectos políticos, económicos y sociales que afectan los portafolios de activos que mantiene el banco. 5. **Riesgo operacional o de funcionamiento:** Se origina

cuando los sistemas de información gerencial son inadecuados, cuando existen problemas operacionales, debilidades en el control interno, fraude, error humano etc. 6. **Riesgo legal:** Es aquél que cubre la posibilidad de que cambien las leyes y regulaciones que rigen un mercado, o que acuerdos o contratos firmados por la empresa sean invalidadas por una Corte, produciendo pérdidas para la empresa. 7. **Riesgo moral:** Se da cuando una de las partes de una transacción, puede actuar de manera que afecta la valoración de la transacción que hace la otra parte, pero esta última no puede controlar perfectamente las acciones de la primera.”³⁶

Frente a estos riesgos, la normativa que regula esta actividad, establece mecanismos de control que determinan la obligación de crear una reserva legal, en el caso de pérdidas financieras de la entidad. Medidas como éstas han, sido previstas considerando el riesgo que por su naturaleza debe asumir el Intermediario, y no el inversionista, pues éste únicamente se limita a realizar el depósito y percibir por ello un interés.

Sin embargo, éste último se ve directamente afectado por las pérdidas que sufre el intermediario, por lo que se considera que el riesgo del inversionista, consiste en elegir a la institución en la que desea realizar su inversión, y la

³⁶ BLANCO BARBOSA, Viviana. SAÉNZ LEIVA, Julissa. (2002) Riesgos bancarios y sistemas de calificación de crédito. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Economía. Escuela de Economía. Universidad de Costa Rica. Pág. 18.

seguridad que la misma supone para sus recursos. Se presume por tanto, que se informa para ello, al menos de manera somera, sobre la situación financiera de la institución, y que basado en esta información, asume el riesgo de hacer o no la inversión, sabiendo que dependiendo del grado de riesgo y situación financiera, podría perder sus recursos.

Este fue el caso de los inversionistas que perdieron gran cantidad de dinero en los años ochenta, cuando muchas financieras con poca trayectoria financiera, y que ofrecían altas e insubsistentes tasas de interés quebraron, sea por un manejo inapropiado de los recursos captados, o bien por tratarse en algunos casos de auténtica delincuencia económica. En esta ocasión, puede decirse que los inversionistas asumieron *un riesgo* de hacer dicha inversión en instituciones de tan poca confiabilidad. Sin embargo, ello no quiere decir, que deban conformarse con las pérdidas de sus recursos, como si no les amparara el ordenamiento jurídico, pues si bien no existía el tipo penal de la intermediación financiera no autorizada, ello no quiere decir que estos inversionistas (que sufrieron un perjuicio económico directo) no pudieran acudir, a alguna otra figura jurídica, bien sea un proceso de quiebra, una acción civil resarcitoria dentro de una demanda por estafa, o una administración fraudulenta etc.; para así, tratar de recuperar sus recursos.

Es posible afirmar que actualmente el acceso a la información con respecto de la situación financiera de los intermediarios que operan en Costa Rica, es distinta a como se manejaba en los años ochenta, cuando tales instituciones financieras quebraron; pues el órgano supervisor, en ese momento no tenía la capacidad o los recursos, para supervisar a todos los intermediarios financieros que operaban en este momento en nuestro país, y por lo tanto, la información que se podía obtener sobre estos intermediarios, por parte del público ahorrador, era muy poca o ninguna.

Actualmente, la legislación y la capacidad del órgano supervisor se ha logrado mejorar, de manera que el ahorrador puede acudir a la SUGEF, y obtener información adecuada sobre la estabilidad del intermediario en el que desea hacer su inversión, por lo tanto, esto disminuye sustancialmente el riesgo de realizar una inversión en un intermediario con una condición financiera inestable.

Sin embargo, en la actividad de intermediación financiera, se debe considerar que el riesgo consiste, no en el que asume el ahorrador al hacer su inversión, y teniendo en mano la información que ofrece la SUGEF. El verdadero riesgo de esta actividad se encuentra en las operaciones que realiza el intermediario con los recursos captados, ya que "...los préstamos pueden ser no reembolsados, los depósitos pueden ser retirados, los tipos de interés y de cambio pueden fluctuar, y el medio ambiente externo – el estado de la economía, y la

legislación – pueden cambiar. La gestión de todos estos riesgos, por tanto, exigen calificaciones técnicas y organizacionales, buen criterio y controles adecuados. El riesgo es así, un elemento esencial de toda actividad de intermediación financiera. A diferencia de los demás comerciantes, el intermediario financiero no compra la mercadería para revenderla, sino que se convierte en vendedor de quien le proporciona los recursos. Estos recursos deben estar disponibles, al momento de su retiro, por lo que al estar gran cantidad de esos recursos colocados en operaciones activas, existe la posibilidad de que el intermediario se vea en problemas para cumplir con sus obligaciones”³⁷

De manera que, el concepto de riesgo derivado del párrafo segundo del artículo 116 de la LOBBCR; que para este estudio es importante recalcar, **es el que asume el intermediario**, y es el propio de la actividad a la cual se dedican los recursos. Es en este riesgo, desde nuestro punto de vista, no participa el ahorrador, pues él no concurre en la decisión del destino de los recursos.

Así, quien asume el riesgo no es el público inversionista, sino el intermediario, el cual dentro del proceso de intermediación, además de percibir los ahorros, se encarga de colocar **por su cuenta**, (ya que él decide en quien o a qué,

³⁷ MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. SITTENFELD HERNÁNDEZ, Pamela. WEINSTOCK MENDELWICZ, Uri. (1995). Supervisión de la Intermediación Financiera Bancaria en Costa Rica. Seminario de Graduación para Optar al Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio. Pág. 13.

destina los recursos según términos del 116 LOBCCR); y además lo hace **por su riesgo propio**, es decir que en caso de pérdida, debe asumir la responsabilidad frente al inversionista.

Como se ve, el riesgo es una característica de la intermediación financiera que se ubica en un sujeto específico del proceso (el intermediario), este riesgo además representa para él asumir una serie de obligaciones preventivas, y la obligación posterior de responder frente al inversionista en casos de pérdidas.

Por lo tanto, este elemento del concepto de intermediación financiera, no solo nos permite definirla, sino además, diferenciarla de la intermediación bursátil, pues en esta última, el riesgo se ubica en un sujeto distinto del proceso: que es el inversionista bursátil, el cual lo asume en caso de pérdidas; y las consecuencias jurídicas relacionadas con la obligación, las asume el emisor del título valor. En este caso, al intermediario bursátil, se le puede considerar un asesor en el negocio, que trabaja por comisión del inversionista.

Según parte importante de la doctrina costarricense, se considera que la intermediación bursátil y la financiera, tienen elementos importantes que permiten marcar sus diferencias. Así ISSA EL KHOURY, sostiene que “la intermediación financiera logra diferenciarse de la intermediación bursátil en cuanto a aquella, en principio, tiene como objeto la transacción de dinero, y no de

títulos valores como la intermediación bursátil: de acuerdo con la Ley Reguladora del Mercado de Valores, los únicos sujetos autorizados para participar en la intermediación bursátil son los puestos de Bolsa; en este sentido, también se diferencian en que en la intermediación financiera el intermediario actúa por cuenta y riesgo, y el intermediario bursátil entre una de otras funciones puede desempeñarse como ‘dealer’ o ‘broker’, siendo el primero el que trabaja como intermediario por cuenta y riesgo propio, en casos muy calificados y el segundo por cuenta y ajena, en el sentido clásico de la intermediación”³⁸.

En igual sentido ROJAS CHANG, considera que una de las mayores diferencias entre estas dos actividades “... viene dada por el riesgo: el inversionista en el mercado de crédito asume el riesgo representado por el propio intermediario financiero, es decir, en este mercado el inversionista se ve directamente afectado por los problemas financieros del intermediario, dado que existe una relación semejante a la de acreedor-deudor. En cambio en el mercado de valores, el riesgo para el inversionista proviene del emisor del título o valor que adquiere, la situación económica del empresario bursátil por lo general, no repercute en el *intermediario*, dado que la relación que existe entre ambos es de comisión. Los riesgos económicos del negocio (falta de pago del título, insolvencia, administración por intervención judicial o quiebra) son asumidos por su cliente, los riesgos jurídicos que concretamente están referidos con la

³⁸ ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág 28.

obligación frente a la Bolsa, de cumplir sus obligaciones, son asumidos por el puesto”³⁹.

5. Liberalidad de la forma contractual utilizada para la operación de crédito:

Las formas utilizadas para la captación de recursos, y la colocación de los mismos en el mercado financiero, varían según el tipo de recursos que se capten. Pero sin embargo, no importa el tipo de contrato o figura jurídica; que se utilice para registrar tal captación o su posterior colocación, como tampoco importa el tipo de registro, o de documento, con el cual se consigne tal actividad; en todo caso, se considerará intermediación financiera, independientemente de cómo se registró la captación y el destino de los recursos.

Para esta actividad “no interesa la figura contractual que se utilice ni el tipo de documento en que se formalicen las transacciones, como sí la captación realizada. Entre las formas a utilizar están el otorgamiento de préstamos, descuento de documentos, compra de títulos valores u otros activos financieros, entre otros.”⁴⁰

³⁹ ROJAS CHAN. Anayansi. (1997) Sobre la Intermediación Financiera y Bursátil. Citada por ISSA EL KHOURY, Henry. *Ibidem*.

⁴⁰ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. *Op. Cit.* Pág. 11.

En resumen, éstos son los cinco elementos que conforman el concepto de intermediación financiera. La ausencia de cualquiera de estos elementos, no permite calificar a la actividad como tal, si bien, podría hablarse de una actividad similar, y también importante dentro del sistema financiero que amerita igualmente regulación estatal.

Este es el caso de la intermediación financiera cooperativa, en donde se dijo que el elemento 'captación de recursos del público' no se presenta. O bien, puede tratarse de intermediación bursátil, en la cual la diferencia se marca en los elementos 'destino de los recursos', y 'riesgo'.

La comprobación de estos elementos, es fundamental tanto desde una óptica administrativa tanto como penal. Desde la administrativa, porque saber reconocer la actividad frente a la que se encuentra, permite distinguir el marco regulador que se le aplicará a la institución. Y desde una óptica penal, pues la ausencia de alguno de estos elementos, no permitiría tener por configurado el delito de intermediación financiera no autorizada, de conformidad con el principio de tipicidad.

Ahora bien, continuando con el estudio del artículo 116 LOBCCR, interesa para la formulación de este concepto, el párrafo tercero del artículo citado,

que por su parte habla de una definición, que interpretándola de manera excluyente, se puede decir, se trata del concepto de intermediación bursátil.

El tercer párrafo del artículo en estudio, habla de lo que **no es intermediación financiera**, es decir, 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. Este concepto refiere a una actividad, que también se desarrolla dentro del sistema financiero, es decir, la intermediación bursátil.

Se afirma por la doctrina costarricense, que el concepto que se plantea en este párrafo del artículo 116, no es parte de la definición de intermediación financiera, sino más bien, parte de la definición de intermediación bursátil. “Por lo demás, si bien es cierto que La Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica contiene una definición, en nuestro criterio excesivamente amplia de la intermediación financiera, carecemos de una definición homologa para la intermediación bursátil, ésta se define básicamente en forma negativa del mismo artículo 116; en otras palabras, aquella labor que nos es considerada

intermediación financiera, más la suma de las actividades permitidas en la Ley Reguladora de Mercado de Valores a los puestos y agentes de bolsa.”⁴¹

Por lo tanto, en lo que refiere a la investigación de este delito, es importante considerar que si se tiene por demostrado que los recursos se dedicaron *para capital de trabajo o para el financiamiento de proyectos de inversión de carácter no financiero de la propia empresa emisora o sus subsidiarias*, no se trataría entonces, de una captación para intermediar recursos financieros, por lo cual, no se puede tener por configurado el delito de intermediación financiera no autorizada.

“Es muy importante tener en consideración lo determinado en el párrafo tercero del artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, porque lo que este párrafo estipula, es lo que no se considera intermediación financiera, por lo tanto estas actividades del párrafo tercero, tampoco pueden ser consideradas como la acción penalizada por el delito de intermediación financiera. Demostrar, a qué se dedicaron los recursos es sumamente importante, pues si se dedicaron a actividades de crédito, sí se puede imputar el delito, pero si se dedicaron a actividades como las del párrafo tercero, no es posible aplicar el artículo 157 de la Ley Orgánica. Esta es la estrategia más utilizada por los

⁴¹ ROJAS CHAN. Anayansi. (1997) Sobre la Intermediación Financiera y Bursátil. Revista Iustitia, No. 129, Mes Septiembre; Volumen 11, pág. 19.

defensores en los procesos judiciales, en los que se imputan el delito de intermediación financiera, es decir, alegan que los recursos fueron destinados a capital de trabajo o al financiamiento de proyectos de inversión de la misma empresa, y en muchas ocasiones, las empresas realizan maniobras para ocultar el verdadero destino de los recursos.”⁴²

Por lo tanto, es importante tener en cuenta, cuando se realiza la investigación penal del delito de intermediación financiera no autorizada, que la mejor herramienta con la cual se cuenta para determinar el destino que se hizo de los recursos, es el informe de la Sección de Delitos Económicos y Financieros del Organismo de Investigación Judicial, que estudia los libros financieros, estados de cuenta, información bancaria, etc. de la (s) empresa (s) investigada.

En síntesis, la intermediación financiera es una de las principales actividades que se desarrollan en nuestro sistema financiero, la cual consiste en la movilización de recursos captados de manera habitual por el intermediario, desde un público ahorrador totalmente ajeno a éste, mediante el ofrecimiento de un interés activo como ganancia pecuniaria para el ahorrador, además de la garantía de encontrar resguardo y seguridad para sus recursos en ese depósito hecho al

⁴² Entrevista realizada al señor Carlos Alberto Meléndez Segura. Fiscal de la Fiscalía de Delitos Económicos Corrupción y Tributarios, del Primer Circuito Judicial de San José. Viernes 25 de julio de 2008.

intermediario; luego de esto, él procede a destinar los mismos, por decisión y propio riesgo, a actividades de crédito e inversión, adquiriendo por ello la obligación de responder ante el ahorrador en caso de pérdidas, además hay liberalidad de las formas jurídicas contractuales y de registro que se utilicen para esta captación y colocación.

B. Los diferentes tipos de agentes que operan en el sistema financiero costarricense:

Es importante hacer un breve análisis de la categorización de los intermediarios que operan dentro del mercado financiero costarricense, atendiendo para ello la clasificación que el sistema legal regulador ha designado a este efecto.

Es elemental recalcar que un intermediario financiero es un agente del mercado, cuya labor primordialmente consiste en poner en contacto a dos sectores importantes de la economía, en primer lugar las entidades superavitarias; y por otro lado, está aquel sector conformado por entidades deficitarias. Marcar la diferencia entre los diferentes agentes que conforman el sector financiero, es lo que se conoce como la sectorización del mercado financiero. Esta sectorización es importante, pues permite ubicar a los agentes del sistema, tanto en su función,

como en su calificación legal, esto a su vez permite entender los motivos para su regulación, por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

A continuación se hará referencia a dos clasificaciones de los agentes del sistema financiero, la primera de ellas es la *Clasificación Funcional*, que atiende como lo adelanta su título, a la función que desempeña el agente en el mercado financiero, es decir la tarea que realiza; y una segunda *Clasificación Según el Marco Legal* de regulación, que se plantea conforme a nuestro ordenamiento.

Se debe aclarar que ambas clasificaciones, en muchos de sus enunciados, no son coincidentes, la primera se atiende más a la realidad económica; mientras que la segunda se atiende a una ficción jurídica creada por legislador sobre los agentes de nuestro mercado financiero costarricense, que le interesó regular (excluye por lo tanto a algunos agentes considerados dentro de la clasificación funcional), y se basa únicamente en los agentes del sistema financiero que la política de nuestro Estado (política económica), ha decidido incluir para su regulación. De manera que es notorio, que la *Clasificación Funcional* es más extensa que la *Clasificación Según Marco Jurídico* Regulador.

a) Clasificación funcional:

Tanto las entidades superavitarias, las entidades deficitarias, como los intermediarios financieros, cuentan con una clasificación funcional, derivada propiamente del análisis del papel que desempeñan en el mercado financiero del territorio económico de un país⁴³. Así por ejemplo, los sectores de un mercado financiero, difieren de un país a otro, pues son muchos los factores que influyen en esta sectorización, es posible hablar de las leyes y las actividades realizables, según la geografía y la población, de las actividades que legalmente están permitidas, así como la conformación de monopolios y la política económica, y de desarrollo social que cada gobierno emprenda; todo lo cual tiene que ver en el resultado final de esta sectorización.

Se hace una corta referencia a la clasificación funcional de sectores del mercado financiero que expone el Fondo Monetario Internacional⁴⁴:

⁴³ El territorio económico de un país consiste en el territorio geográfico administrado por un gobierno dentro el cual circulan libremente personas, bienes y capital. Las fronteras económicas de un país no siempre están estrictamente basadas en las fronteras físicas o políticas, aunque por lo general hay una estrecha correspondencia. International Monetary Found. (2001). Manual De Estadísticas Monetarias Y Financieras. Washington, Estados Unidos.

⁴⁴ International Monetary Found. (2001). Manual De Estadísticas Monetarias Y Financieras. Washington, Estados Unidos.

a.1. Sociedades financieras:

“El sector de las sociedades financieras está constituido por todas las sociedades o cuasisociedades residentes dedicadas, principalmente, a la intermediación financiera o a actividades financieras auxiliares relacionadas.”⁴⁵

Estas sociedades financieras se subdividen en:

a.1.1. Banco Central:

“El banco central es la institución financiera nacional (puede haber más de una) que ejerce control sobre aspectos clave del sistema financiero y desempeña actividades tales como la emisión de moneda, gestión de reservas internacionales, transacciones con el FMI y concesión de crédito a otras sociedades de depósito.”⁴⁶Sic.

Se trata de la autoridad monetaria. En Costa Rica, se constituye como tal el Banco Central, que es la institución que cumple con las funciones de emisión de moneda, tenedora de las reservas internacionales de economía, supervisora

⁴⁵ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 10.

⁴⁶ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 16.

del sistema financiero, al velar por el nivel apropiado de liquidez y principal agente financiero del país.

a.1.2. Sociedades de depósitos:

“El subsector de las otras sociedades de depósitos está constituido por todas las sociedades y cuasisociedades financieras residentes, excepto el Banco Central, cuya actividad principal es la intermediación financiera y que contraen pasivos incluidos en la definición nacional de dinero en sentido amplio.

Incluye por ejemplo: 1. Bancos comerciales, 2. Bancos de inversión. 3. Cajas de ahorro, asociaciones de ahorro y préstamo, sociedades de crédito inmobiliario y bancos hipotecarios. 4. Asociaciones de crédito y cooperativas de crédito. 5. Bancos rurales y agrícolas. 6. Compañías que emiten cheques de viajero y que se dedican principalmente a actividades propias de las sociedades financieras.”⁴⁷

Son estos pues, los bancos creadores de dinero. Incluye a todos los bancos e instituciones financieras afines de un país, excepto el Banco Central, que tienen pasivos considerables en forma de depósitos transferibles (depósitos intercambiables por dinero a la vista, a la par sin sanciones ni restricciones,

⁴⁷ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 17.

transferibles por cheques o utilidades de otras formas para efectuar pagos) y utilidades como medios de pago.

a.1.3. Sociedades de seguros y fondos de pensiones:

“Este subsector está constituido por las sociedades y cuasisociedades de seguros y fondos de pensiones autónomos residentes. Las sociedades de seguros son empresas constituidas en sociedad, mutualidades y otras entidades, cuya función principal es ofrecer seguros de vida, de accidentes, de enfermedad, de incendio o de otros tipos, a unidades institucionales individuales o a grupos de unidades.”⁴⁸

a.1.4. Otros intermediarios financieros:

“El subsector de otros intermediarios financieros abarca un grupo diverso de unidades que constituyen todas las sociedades financieras, excepto las sociedades de depósito, las sociedades de seguros, los fondos de pensiones y los auxiliares financieros. Las unidades que integran este subsector por lo general son las que captan fondos aceptando tipos de depósito a largo plazo o especializados y emitiendo acciones y participaciones de capital. Estos intermediarios a menudo se especializan en conceder préstamos a determinados tipos de prestatarios y en

⁴⁸ Fondo Monetario Internacional. *Ibíd.*

utilizar mecanismos financieros especializados como el arrendamiento financiero, los préstamos titularizados o las operaciones con derivados financieros.”⁴⁹

Se trata de otras instituciones que compiten con los bancos creadores de dinero en los mercados financieros, pero no incurren en pasivos en forma de depósitos transferibles. Se subdividen en: otras instituciones que aceptan depósitos del público (excepto depósitos transferibles), bancos de desarrollo y unidades extraterritoriales.

a.1.5. Auxiliares financieros:

“Este subsector incluye a las sociedades financieras que se dedican a actividades estrechamente vinculadas con la intermediación financiera pero que no actúan como intermediarias. Algunos intermediarios financieros tradicionales, o algunos auxiliares financieros especializados separados, cuya actividad principal no es captar fondos ni conceder crédito por cuenta propia, pueden realizar actividades auxiliares a la intermediación, con carácter secundario. Las denominaciones más comunes de las sociedades financieras clasificadas como auxiliares financieros son las siguientes: 1. Las bolsas y mercados de valores. 2.

⁴⁹ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 18.

Los corredores y agentes. 3. Las casas de cambio. 4. Las sociedades de garantía financiera. 5. Los auxiliares de seguros y pensiones.”⁵⁰

a.2. Sociedades no financieras:

“El sector de las sociedades no financieras abarca las sociedades y cuasisociedades que se dedican principalmente a la producción de bienes y servicios no financieros. El sector de las sociedades no financieras se divide, con base en los tipos de unidades institucionales que ejercen control, en dos subsectores mutuamente excluyentes. Las sociedades no financieras públicas son sociedades y cuasisociedades no financieras residentes controladas por unidades gubernamentales. En la categoría otras sociedades no financieras se incluyen las sociedades no financieras privadas de control extranjero y nacional.”⁵¹

a.3. Gobierno general:

“Las unidades del gobierno general ejercen autoridad legislativa, judicial o ejecutiva sobre otras unidades institucionales dentro de una zona especificada. Los gobiernos tienen facultades para gravar impuestos, contraer préstamos, asignar bienes y servicios a la comunidad en general o a particulares y redistribuir los ingresos. El sector del gobierno general está constituido por los

⁵⁰ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 19.

⁵¹ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 21.

departamentos, sucursales, agencias, fundaciones, institutos, instituciones sin fines de lucro no de mercado y que están controladas y financiadas principalmente por el gobierno, y otras organizaciones de control público que realizan actividades no de mercado. Distintas unidades del gobierno general pueden operar a nivel de control estatal, local u otro.”⁵²

En Costa Rica, se ha mencionado que por mandato constitucional y en procura de un adecuado uso de los medios de producción y reparto de la riqueza, se faculta la intervención del Estado en la economía, con ese fin el aparato institucional se divide en distintas instituciones que regulan e intervienen en el sistema financiero. Son estos órganos de máxima desconcentración adscritos al Banco Central de Costa Rica, como la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), Superintendencia General de Valores (SUGEVAL), y la Superintendencia General de Pensiones (SUPEN).

a.4. Hogares:

“Un hogar se define como un pequeño grupo de personas que comparten la misma vivienda, que juntan, total o parcialmente, su ingreso y su riqueza y que consumen colectivamente ciertos tipos de bienes y servicios, sobre todo los relativos a la alimentación y el alojamiento. Se consideran también

⁵² Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 21.

hogares los particulares que no pertenecen a un grupo. También pueden constituir hogares otros grupos, como las personas que viven en monasterios, hospitales, institutos psiquiátricos, prisiones y residencias de ancianos, si sus habitantes comparten recursos y consumo durante períodos prolongados. Los sirvientes y otros empleados domésticos remunerados que viven en los mismos edificios de su empleador, pero que no tienen derecho a los recursos colectivos se tratan como hogares separados. Las personas que trabajan en otros países se consideran parte del hogar de su país de origen a menos que establezcan centros de interés económico en economías del extranjero.

Los hogares pueden dedicarse a producir bienes y servicios para la venta en el mercado, para el consumo en el hogar mismo, para la construcción de viviendas y para acumular otro capital físico para uso del propio hogar. Las empresas no constituidas en sociedad que son propiedad de hogares y que se dedican a producir para el mercado se clasifican en el sector de las sociedades no financieras si pueden tratarse como cuasisociedades. De otra manera, esas empresas no constituidas en sociedad se clasifican en el sector de los hogares.”⁵³

⁵³ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 22.

a.5. Organizaciones sin fines de lucro que sirven a los hogares:

“El sector de las instituciones sin fines de lucro que sirven a los hogares es un subconjunto de las instituciones sin fines de lucro. Las OSFLSH se dedican principalmente a ofrecer bienes y servicios a los hogares o a la comunidad en su mayoría gratuitamente o a precios que no son económicamente significativos (y por consiguiente se clasifican como productores no de mercado), salvo las que están controladas y financiadas principalmente por unidades gubernamentales. El financiamiento de las OSFLSH procede, en general, de contribuciones, suscripciones de los miembros o ganancias generadas por las tenencias de activos reales o financieros. Las OSFLSH comprenden principalmente asociaciones como son los sindicatos, asociaciones profesionales o científicas, asociaciones de consumidores, partidos políticos (salvo en estados monopartidistas en los que el partido político se incluye en el gobierno general), iglesias y asociaciones religiosas (incluso las que están financiadas por el gobierno), clubes sociales, culturales, recreativos y deportivos, y organizaciones que ofrecen bienes y servicios para fines filantrópicos y no para las unidades que las controlan.”⁵⁴

Ahora bien, es importante puntualizar para este estudio que, esta calificación está fundamentada, atendiendo las funciones que desempeñan las

⁵⁴ *Ibíd.*

instituciones financieras, por lo que es una calificación que permite ubicar al intermediario (que es solo una de estas instituciones) en el sistema desde una óptica de su funcionalidad y desempeño.

Sin embargo, esta *Clasificación Funcional* podría no coincidir con la *Calificación Según Marco Legal Regulator*, que la ley costarricense establece para los intermediarios, pues obviamente, la ley no contemplará a todos los sujetos que sí son contenidos en la primera clasificación, ya que muchos de éstos, si bien desempeñan un papel importante dentro del mercado financiero (por ejemplo, los hogares), no se considera necesario regularlos, por no tratarse de intermediarios de algún tipo de recurso financiero.

El interés primordial de nuestro ordenamiento jurídico, consiste en regular, no a la totalidad de instituciones financieras existentes, sino únicamente a las que por sus calidades y funciones, pueden influir potencialmente en la estabilidad del sistema financiero, ya que responden (por su riesgo y cuenta) por los activos que intermedian.

Esta clasificación funcional puede presentar varios inconvenientes, en primer lugar; en cuanto a la dificultad de determinar o clasificar a las instituciones que operan en el sistema financiero costarricense, dada la diversidad de funciones que una misma institución puede realizar, o bien, en el caso de la existencia de

grupos de interés económico o conglomerados comerciales relacionados, en los cuales varias instituciones vinculadas desempeñan diversas operaciones en el sistema financiero; por ejemplo, una entidad financiera que cuente con una institución bancaria, una operadora de pensiones, un puesto de Bolsa y valores etc., según la clasificación que se acaba de ver, podría clasificarse tanto en una categoría como en otra.

En segundo lugar, que esta clasificación funcional, como se mencionó líneas atrás, bien puede no coincidir con la clasificación jurídica que el ordenamiento le otorga a éstas instituciones, ya que al ser ésta una categorización propuesta por una Organización No Gubernamental Internacional, como lo es el Fondo Monetario Internacional, bien en un país puede ser aplicable o bien puede no serlo. Para los fines del presente trabajo, sin embargo, se menciona con la intención de ampliar el conocimiento hacia cuáles son las funciones que los agentes del mercado pueden ejecutar.

b) Clasificación según el marco legal:

Frente a una clasificación funcional como la del Fondo Monetario Internacional, se tiene una clasificación que se desprende de los instrumentos jurídicos de regulación de los agentes de intermediación del mercado financiero costarricense, hecha en razón de la LOBBCR y en razón de la Ley Orgánica del

Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 (en adelante LOSBN), y sujetas a regulación por la SUGEF, para el período de diciembre del 2007.

Es importante aclarar que no todas las entidades reguladas por la SUGEF pueden realizar, o realizan efectivamente intermediación financiera; sino que algunas de ellas efectúan más bien, actividades auxiliares de intermediación financiera, y para distinguir las es importante echar mano, en primer lugar, de la sectorización del sistema financiero según sus funciones, y que fue citado anteriormente (clasificación funcional); y en segundo lugar, del concepto de intermediación financiera que se estudió en el Título II de este capítulo.

Por otro lado, es trascendental comprender que muchas de estas instituciones son reguladas, no por que solamente realicen intermediación financiera, sino por que realizan actividades conexas a la intermediación financiera, que el legislador ha marcado como de interés público de acuerdo con el artículo 115 de la LOBCCR.

Así por ejemplo, se tiene que el artículo 118 LOBCCR dice: *“Los entes autorizados por el Banco Central de Costa Rica a participar en el mercado cambiario, aun cuando no realicen intermediación financiera, quedarán sujetos a la supervisión de la Superintendencia. En este caso, la Superintendencia deberá*

vigilar que estos cumplan con las Leyes y disposiciones del Banco Central en materia cambiaria”.

A continuación y atendiendo el marco jurídico para la regulación de los agentes del mercado financiero en nuestro país, se pasará a estudiar la división de éstos últimos según el marco legal regulador:

b.1. Entidades financieras bancarias:

b.1.1 Entidades financieras bancarias públicas (Bancos Comerciales del Estado):

“Se ha definido la Banca Estatal como institución autónoma de Derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración. Los bancos estatales están sujetos a la ley y deben actuar en estrecha colaboración con el Poder Ejecutivo, coordinando esfuerzos y actividades. Cada banco estatal es responsable por cada una de las funciones que lleve a cabo, por lo que los miembros de la Junta Directiva deben actuar de manera tal que la dirección y administración del banco esté acorde con las disposiciones de la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Los bancos comerciales del Estado cuentan con la garantía y la más completa cooperación y de todas sus dependencias e instituciones; ejemplo de

esto fue la liquidación del Banco Anglo Costarricense; una vez liquidados los activos se cancelaron sus pasivos y las sumas al descubierto fueron aportadas por el Estado.”⁵⁵

“En nuestro país, la banca comercial del Estado es el legado de las medidas tomadas por la Junta Fundadora de la Segunda República”⁵⁶ Este sector está conformado actualmente por el Banco Nacional de Costa Rica, Banco de Costa Rica y Banco Crédito Agrícola de Cartago.

“Le corresponde a los bancos estatales irse convirtiendo en bancos de desarrollo, trabajando con recursos que hagan posible la aplicación de tasas de interés más favorables, sin afectar la rentabilidad de la banca comercial, de esta manera el Gobierno de la República apoyaría el financiamiento a los sectores prioritarios, por medio de la banca de desarrollo.

Esta banca de desarrollo va más allá de la conocida función del banquero: no sólo presta fondos a personas dignas de créditos, sino que es un intermediario financiero especializado en canalizar sus recursos financieros y

⁵⁵ ESCOTO LEIVA, Roxana. (2001). Banca Comercial. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Pág. 26.

⁵⁶ DIAZ ARIAS, Rafael. (1991) Regulación y Supervisión de la Solvencia Bancaria en Costa Rica, Regulación y Supervisión de la Banca, Experiencias en America Latina y el Caribe. Citado por MADRIGAL BORLOZ y otros. Op. Cit. Pág 117.

técnicos hacia sectores de la economía que el Gobierno de la República considere trascendentes o prioritarios para el desarrollo económico, poniendo a disposición las oportunidades de crédito y la adecuación de los plazos y montos a las características de los proyectos.”⁵⁷

b.1.2. Entidades financieras bancarias privadas:

Este sector incluye a los Bancos Comerciales Privados. La Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional establece lo siguiente:

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

Por otra parte, el artículo 142 de la misma Ley indica:

“Ningún banco privado podrá operar sin la autorización del Banco Central, el cual no podrá ser otorgada sin el dictamen favorable de

⁵⁷ ESCOTO LEIVA, Roxana. (2001). Banca Comercial. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Pág. 26.

la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) que demuestre que su funcionamiento se ajusta a las prescripciones legales”...

Del análisis de estos dos artículos se desprende lo siguiente:

- i. El Banco Central tiene dentro de sus atribuciones esenciales el dar en concesión, por la vía legal, el ejercicio de la actividad bancaria en el territorio nacional.

- ii. Como la actividad bancaria tiene gran importancia para la economía y la sociedad costarricense; sólo puede ser desempeñada por particulares, cuando el Estado concede su ejercicio.

El fomento de la Banca Privada continúa en las reformas a la Ley Orgánica del Banco Central. En noviembre de 1995 se le permitió acceso al manejo de divisas y a las cuentas corrientes.

“La administración y supervisión de los bancos privados está también regulado por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, en que establece que la dirección del banco le corresponde a una junta directiva, la cual debe estar integrada por no menos de cinco miembros, el plazo de su nombramiento no debe

exceder de cinco años. Ésta nombrará al Gerente y a uno o más subgerentes que tendrán a su cargo la administración del Banco de acuerdo con la Ley, los reglamentos, sus estatutos y las instrucciones que les imparta la Junta.”⁵⁸

Para el período apuntado operan 12 bancos comerciales privados y Cooperativos, sujetos a la supervisión de la SUGEF⁵⁹.

b.1.3. Bancos creados por leyes especiales:

Incluye al Banco Hipotecario de la Vivienda y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

Estos bancos que fueron concebidos en razón de fomentar sectores sociales específicos y proyectos de desarrollo nacional, tales como el fomento al sector vivienda, facilitando el crédito a ciertos sectores; como por ejemplo para los trabajadores del Estado.

⁵⁸ ESCOTO LEIVA, Roxana. Op. Cit. Pág. 32.

⁵⁹ Ver Anexo 1.

b.2. Entidades financieras no bancarias:**b.2.1. Entidades financieras no bancarias públicas:**

Comprende al Instituto Nacional de Seguros, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, Instituto Nacional de Préstamos para la Educación, Instituto de Fomento y Asesoría Municipal, Instituto Nacional de Fomento Cooperativo y otras.

b.2.2. Entidades financieras no bancarias privadas:

Incluye a las personas físicas y jurídicas privadas, según lo expuesto por el Reglamento a la Ley Reguladora De Empresas Financieras No Bancarias, Decreto No. 19530-H de 6 de marzo de 1990, según el cual: “son empresas financieras de carácter no bancario todas las empresas no integrantes del Sistema Bancario Nacional, que actúen directa o indirectamente como intermediarios financieros en el mercado nacional o extranjero; o que participen en cualquier forma en este tipo de intermediación.”⁶⁰

⁶⁰ Artículo 1. Reglamento a La Ley Reguladora De Empresas Financieras No Bancarias Decreto No. 19530-H de 6 de marzo de 1990, Publicado en La Gaceta No. 69 de 9 de abril de 1990.

En Costa Rica para el período mencionado, operan 8 financieras de esta especie, reguladas por la SUGEF⁶¹.

b.2.3. Entidades financieras no bancarias creadas por otras leyes especiales:

Incluye mutuales, cooperativas de ahorro y crédito, y asociaciones solidaristas. La SUGEF, mediante resolución publicada en el diario oficial La Gaceta Nº 60 del 24-03-2006, estableció como sujetas a su supervisión a las cooperativas de ahorro y crédito con activos superiores a ¢640,4 millones y de naturaleza abierta (compuestas por socios que no laboran para una misma persona jurídica), así como a aquellas con niveles inferiores de activos, pero previamente calificadas como sujetas a dicha supervisión.

Para el periodo mencionado, operan 31 organizaciones cooperativas de ahorro y crédito⁶². Además de dos mutuales autorizadas del sistema financiero nacional de la vivienda (Grupo Mutual Alajuela la Vivienda de Ahorro y Préstamo, y Mutual Cartago de Ahorro y Préstamo).

⁶¹ Ver Anexo 2.

⁶² Ver anexo 3.

b.3. Casas de cambio:

Recordando la clasificación del Fondo Monetario Internacional, las casas de cambio operarían como un auxiliar financiero, las cuales se dedican a actividades estrechamente vinculadas con la intermediación financiera, pero que no actúan como intermediarias. Es decir, que no captan ahorro del público para dedicarlo a actividades de crédito que, sin embargo, realizan actividades auxiliares de la intermediación.

En Costa Rica operan tres casas de cambio sujetas a fiscalización⁶³, y de acuerdo con el artículo 117 de la LOBCCR, estas entidades estarán sometidas al control de la SUGEF, es por tal que se deben incluir en la clasificación de agentes que operan en el sistema financiero.

b.4. Personas físicas o jurídicas que realizan algunas de las actividades descritas en el artículo 15, Ley no. 8204 “Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas”:

Este artículo señala lo siguiente:

⁶³ Ver anexo No. 4.

Artículo 15.- Estarán sometidos a esta Ley, además, quienes desempeñen, entre otras actividades, las citadas a continuación:

- a) Operaciones sistemáticas o substanciales de canje de dinero y transferencias mediante instrumentos, tales como cheques, giros bancarios, letras de cambio o similares.*
- b) Operaciones sistemáticas o substanciales de emisión, venta, rescate o transferencia de cheques de viajero o giros postales.*
- c) Transferencias sistemáticas substanciales de fondos realizadas por cualquier medio.*
- d) Administración de fideicomisos o de cualquier tipo de administración de recursos efectuada por personas físicas o jurídicas que no sean intermediarios financieros.*

Las personas físicas o jurídicas que desempeñen las actividades indicadas en los incisos anteriores y no se encuentren supervisadas por alguna de las superintendencias existentes en el país, deberán inscribirse ante la SUGEF, sin que por ello se interprete que están autorizadas para operar; además, deberán someterse a la supervisión de esta respecto de la materia de legitimación de capitales, establecida en esta Ley. La inscripción será otorgada por el Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero, previo dictamen afirmativo de esa Superintendencia, cuando se cumplan las disposiciones legales y reglamentarias aplicables. Las municipalidades del país no podrán extender nuevas patentes ni renovar las actuales para este tipo de actividades, si no se ha cumplido el requisito de inscripción indicado.

La SUGEF, la SUGEVAL y la SUPEN, según corresponda, deberán velar porque no operen, en el territorio costarricense, personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación que, de manera habitual y por cualquier título, realicen sin autorización actividades como las indicadas en este artículo.

Para el período de cita, operan 19 personas físicas y 36 personas jurídicas, que realizan este tipo de actividades financieras, y que no se encuentran reguladas por ninguna otra figura de la presente clasificación.

Sin embargo, es importante considerar que las prácticas descritas en este artículo, son actividades conexas a la intermediación financiera, mas no son como tal, intermediación pues ninguna capta recursos del público para destinarlos por cuenta y riesgo del intermediario a actividades de crédito o inversión de valores. Su inclusión dentro del marco de fiscalización estatal, obedece a políticas económicas y criminales del Estado dirigidas a controlar cualquier actividad que pueda estar ligada directa o indirectamente con el delito de legitimación de capitales.

De lo anotado páginas atrás, es importante aclarar que ambas clasificaciones (Funcional y Según Marco Legal), son amplias en cuanto a que incluyen a muchos agentes del sistema, que pese a que no realizan

intermediación financiera, por su incidencia en el mercado, se considera que es importante incluirlas, y someterlas al control de la SUGEF.

Así pues, en nuestro afán de determinar cuáles son los agentes que realizan intermediación financiera, debe entenderse que se parte de los agentes de la Clasificación Según el Marco Legal, y es apropiado valerse además de dos elementos, en primer lugar, cuál es su función en el sistema financiero – atendiendo la Clasificación Funcional – y en segundo, atendiendo el concepto de intermediación financiera que se ha estudiado páginas atrás; por lo que se habrá de determinar cuáles de los agentes del mercado que mencionamos, principalmente en la segunda clasificación, realizan intermediación y son así, objeto de nuestro estudio, y posibles sujetos activos del tipo penal.

Se ve por ejemplo el caso de las casas de cambio, las mismas por su función (venta y compra de moneda) no realizan intermediación financiera, y como tal no son objeto de regulación en el sentido del artículo 117 de la LOBCCR, pero que por su importancia en el sistema financiero son reguladas por la SUGEF y como tales deben estar registradas.

Ya se habló antes del caso de las cooperativas de ahorro y crédito, y habíamos dicho que si estudiamos el caso de la actividad que realizan estas instituciones, en apego a los elementos definidores de la actividad de

intermediación financiera (según el 116 LOBCCR), no se puede decir que en estricto sentido estas instituciones realicen intermediación financiera, pues el público ahorrador en ambos casos es un público determinable y asociado (como lo indica el mismo nombre) de las cooperativas de ahorro y crédito y asociaciones solidaristas.

Sin embargo, algunas de estas instituciones forman parte de los entes fiscalizados según el artículo supra citado 117 de la LOBCCR en su párrafo segundo, y por tanto, están sujetas a la regulación de la SUGEF. No obstante, es importante considerar que no son todas las cooperativas las que deben someterse al control de la SUGEF, sino únicamente las que realizan actividades en términos similares a la intermediación financiera, y por tanto su influencia en el sistema financiero es de considerar. El ejemplo claro de ellas, son las cooperativas de ahorro y crédito, las cuales han sido definidas por la LRAIFOC, Ley 7391 en su artículo 6:

“Las organizaciones cooperativas de ahorro y crédito son entidades de carácter privado, de naturaleza cooperativa, que se constituyen con el propósito de promover el ahorro entre sus asociados y de crear, con el producto de esos recursos, una fuente de crédito que se les traslada a un costo razonable, para solventar sus necesidades. Asimismo para brindarles otros

servicios financieros que funcionan mediante un esquema empresarial, que les permite administrar su propio dinero sobre la base de principios democráticos y mejorar sus condiciones sociales, económicas y culturales”

Las cooperativas de ahorro y crédito pueden desarrollar dos tipos de actividades: las realizadas en un círculo abierto, que captan únicamente recursos de sus socios, pero pueden extender sus servicios financieros a personas no asociadas; y están las actividades realizadas en un círculo cerrado, éstas últimas son aquellas que únicamente captan recursos de sus asociados, y los destinan exclusivamente a actividades de crédito para sus mismos socios.

Tales definiciones las se extraen de los artículos 4 de la LRAIFOC, y el artículo 9 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto de Fomento Cooperativo, en adelante LACCIFC, Ley no. 4179, los cuales señalan:

*“ARTÍCULO 4.- Las actividades de intermediación financiera cooperativa **sólo podrán efectuarse con los propios asociados, salvo las excepciones indicadas en esta ley. Se prohíbe a las cooperativas la realización de esas actividades con terceros no asociados** y, para estos efectos se declara inaplicable lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Asociaciones Cooperativas.”*

(El texto resaltado no es original)

Se ve que las cooperativas de ahorro y crédito, están orientadas por naturaleza hacia las operaciones de un círculo cerrado, puesto así lo estipula el artículo 4 de la LRAIFOC, en donde se establece que la actividad de intermediación financiera cooperativa sólo podrá efectuarse con los mismos asociados (círculo cerrado), mas sin embargo, las operaciones en un círculo abierto, se consideran una excepción, según el mismo artículo 4 de cita.

Mientras que el artículo 9 de la LACCIFC, por su parte establece el fundamento para las cooperativas de círculo abierto:

“Artículo 9.- Las cooperativas podrán extender sus servicios a personas no asociadas si a juicio de la asamblea la buena marcha de ella lo aconseja y con previa aprobación del INFOCOOP.”

Este tipo de instituciones financieras (cooperativas abiertas y cerradas), por definición, no realizan intermediación financiera, pues no captan recursos de un público ahorrador indeterminado, que como hemos precisado, es parte del concepto de intermediación que se extrae del artículo 116 LOBCCR; sino de un grupo específico de ahorradores, que mantienen una relación directa con el ente

captador; son socios, y así por lo tanto, pueden mantener un control sobre el destino de los recursos (mediante la asamblea de asociados).

Este aspecto a su vez, descarta otra de las características importantes de la intermediación financiera; es decir, el riesgo lo asume el intermediario, sin que el inversionista tenga participación en las decisiones sobre el destino de los recursos; pues como se ve, las cooperativas de ahorro y crédito, que realizan captación de recursos para actividades de crédito dentro de un círculo cerrado de accionistas, no son intermediarios financieros, y por lo consiguiente están al margen de la regulación estatal, en los términos establecidos por la LOBCCR. El único criterio que podría incidir en su regulación sería, que las mismas, a pesar de ser un círculo cerrado, tengan un tamaño de activos importante.

“La Junta Directiva del Banco Central de Costa Rica podrá eximir de la aplicación de los controles monetarios a las cooperativas de ahorro y crédito, las asociaciones solidaristas u otras organizaciones similares, en función del tamaño de sus activos, el número de asociados o cuando realicen operaciones con un grupo cerrado de asociados.”

(Artículo 117 Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica)

Por otro lado, tenemos a las cooperativas de ahorro y crédito que realizan sus actividades en un **círculo abierto** de inversionistas, desde una perspectiva amplia, se acercan más al concepto de intermediación financiera, en el sentido de que el público del cual se captan los recursos es mucho más amplio, y por tanto, más difícil de diferenciar la relación entre el intermediario –la asociación o cooperativa – y el ahorrador. Así, el círculo de asociados es mucho más similar al concepto de *público* referido en el concepto de intermediación.

Además, que el destino de los recursos es igualmente mucho más amplio, que únicamente actividades de crédito dirigidas a los mismos socios, pues también es posible, dentro del marco de una cooperativa abierta, dirigir el crédito al público en general, sin necesidad de ser asociado o miembro de la cooperativa, y es por ese motivo, que se someten a la regulación estatal, pues la intermediación financiera cooperativa, cuando se realiza en modalidad abierta, es mucho más similar a la intermediación financiera tradicional, y amerita por tanto, la regulación (administrativa), por parte de Estado.

Ahora bien, se debe aclarar que, es mucho más difícil de establecer si existe un sometimiento de las cooperativas de ahorro y crédito a la regulación penal, conforme al texto del artículo 157 de la LOBCCR, por lo tanto, los criterios para considerar tales actividades sometidas al *ius punendi*, no son pacíficos en la doctrina, e igualmente en criterio de los operadores judiciales; pues se considera

que el artículo 157 regula únicamente a los intermediarios financieros tradicionales (en términos del art. 116) y no a las cooperativas de ahorro y crédito; sin embargo, la posición que se habrá de tomar al respecto, se expondrá más adelante cuando estudiemos el tipo penal.

Ahora bien, todos estos agentes que hemos mencionado, han sido sectorizados según las leyes y reglamentos costarricenses, atendiendo no solo su función como intermediarios financieros, sino también, en función de sus actividades relacionadas con el sistema financiero, y las cuales según el artículo 115 de LOBCCR, son declaradas de interés público. Sin embargo, de importancia para el análisis del delito de intermediación financiera no autorizada que se estudiará más adelante, aquellos agentes que **no practican intermediación financiera** no pueden ser sujetos activos del delito penal, pues no están contemplados en el artículo 157 de la ley supra citada.

Título IV

Marco legal regulador de la actividad de intermediación financiera:

A. Instrumentos legales:

Los instrumentos legales que al efecto se desprenden del marco legal necesario para el control de la actividad de intermediación financiera, están conformados no solo por leyes reguladoras de instituciones que practican intermediación financiera; sino también, por leyes que regulan la actividad de instituciones que realizan funciones auxiliares de la intermediación financiera, y que por su importancia también son sometidas a la regulación de la SUGEF.

Este marco legal está conformado por:

Número	Nombre de la ley o reglamento	Fecha de aprobación
1644	Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional	27/09/1953
4179	Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto de Fomento Cooperativo	29/08/1968
5044	Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias	22/09/1972
19530-H	Reglamento a la Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias	04/09/1990

7558	Ley Orgánica del Banco Central	27/11/1995
7732	Ley Reguladora del Mercado de Valores	27/01/1998
8204	Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas.	11/01/2002
7107	Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República.	22/11/1988
8320	Interpretación Auténtica Del Inciso C) del Artículo 23 de la Ley de Impuesto Sobre la Renta N° 7092	05/11/2002
8322	Democratización de las Instancias de Decisión del Banco Popular y de Desarrollo Comunal	05/11/2002
6970	Ley de Asociaciones Solidaristas	07/11/1984
7391	Ley Reguladora de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas	27/04/1994
8353	Aprobación de Asistencia Financiera del Banco Hipotecario de la Vivienda Para el Pago de Bonos Familiares de Vivienda	29/04/2003
7052	Ley del Sistema Financiero Nacional para la Vivienda y Creación del BANHVI (Banco Hipotecario de la Vivienda)	01/01/1900
8147	Creación del Fideicomiso Para la Protección y el Fomento Agropecuarios Para Pequeños y Medianos Productores	24/10/2001

8292	Ley General de Control Interno	31/07/2002
M-1- 2002-CO- DDI	Manual de normas generales de control interno para la Contraloría General de la República y las entidades y órganos sujetos a su fiscalización	05/06/2002
Art. 13, Acta de la Sesión 411-2003	Reglamento Relativo a la Información Financiera de Entidades, Grupos y Conglomerados Financieros	20/01/2004
25038-H	Reglamento General de la Contratación Administrativa No. 25038-H	06/03/1996
4351	Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal	29/04/2004
31684- MP-MSP- H- COMEX- S	Reglamento General a la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas	03/11/2004
8422	Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública	29/10/2004

A continuación interesa mencionar dentro del marco de regulación de la Intermediación financiera las siguientes leyes como mayor detalle:

1. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 del 26/09/1953:

Cuando esta ley fue aprobada en 1953, se ubica en una época de máxima expresión del intervencionismo estatal, y esta ley con su promulgación vino a organizar la estructura de la Banca Nacional Estatal y Privada desde esta óptica. Esta ley estableció un sistema en virtud del cual el Banco Central, tendría un departamento encargado de la auditoría, vigilancia y fiscalización sobre los demás departamentos y dependencia del Banco Central, así como las demás instituciones bancarias del país y sus sucursales. Este era el Departamento de la Auditoría General de Bancos. La Auditoría dependía directamente de la Junta del Banco Central en el ejercicio de sus funciones y contra sus resoluciones cabía recurso de apelaciones. La resolución de la junta era definitiva.

Éste es el primer antecedente de una entidad fiscalizadora de la actividad de intermediación financiera, pero como se ve, era una entidad completamente dependiente de la misma institución financiera que supervisaba, de manera que no se cumplía con los criterios de imparcialidad que se pudieran esperar de una institución fiscalizadora. Este fue un problema al que la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional no presentaría solución, sino hasta la reforma de 1995.

2. Ley Reguladora De Empresas Financieras No Bancarias No. 5044 del 22/09/1972:

Hasta 1972, la mayor parte de la legislación promulgada se refería a actividad financiera bancaria, como derivado del Decreto de Nacionalización Bancaria, el cual redujo sustancialmente la existencia de intermediarios no estatales. Sin embargo, con el paso de los años, éstos empezaron a proliferar, y a aumentar la cantidad de operaciones realizadas con el público, de manera que no sería hasta este año (1972) en el que se promulgaría Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias No. 5044, pues la dedicación de la mayoría de las leyes se refería a los bancos pertenecientes al Sistema Bancario Nacional.

Para esta época existía una cantidad amplia de intermediarios financieros que operaban sin las debidas autorizaciones, pues para su regulación no existía ningún tipo de ley, eran pues, instituciones completamente atípicas, siendo que esto llevó a la promulgación de la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias No. 5044. La importancia de esta nueva ley, fue que vino a establecer un marco legal regulador para las empresas financieras ajenas al Sistema Bancario Nacional.

La reforma sustancial hecha esta ley, fue una reacción a la llamada "crisis de las financieras" de los años ochenta, cuando muchas financieras quebraron en razón del mal manejo de los fondos.

La responsabilidad de este descalabro económico, se debió a la obsoleta legislación que se habría creado posterior a la nacionalización bancaria, y que no fue suficiente para contener la crisis de estas instituciones, pues si las instituciones privadas según la normativa anterior, no se sujetaban a la regulación; la Auditoría de Bancos no estaba facultada para obligarlas a hacerlo. Pese a la importante reforma que implicó la Ley Reguladora De Empresas Financieras no Bancarias, fue necesaria una década después de su promulgación (en 1972), propulsar una reforma más eficiente para el sistema financiero; como respuesta a esta necesidad se creó la Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República.

3. Ley De Modernización Del Sistema Financiero De La República No. 7107 del 04/11/88:

Esta ley propuso modificaciones sustanciales a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, a la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional y a la Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias. Con esta nueva Ley se creó dentro de la reforma a la LOBCCR un nuevo título denominado Auditoría

General de Entidades Financieras, con la cual se creó un órgano fiscalizador de alta desconcentración, adscrito al Banco Central de Costa Rica. Esto significó un importante avance en la regulación de entidades financieras, por parte de lo que antes se denominaba la Auditoría General de Bancos (AGB), otorgándole altas potestades –previa autorización de la Junta Directiva del Banco Central – para intervenir como último recurso sobre entidades financieras, lo cual a diferencia de la normativa anterior, que tenía enormes lagunas sobre las potestades para forzar a una entidad que no quería someterse a la regulación.

4. Ley Orgánica Del Banco Central No. 7558 del 03/11/1995:

Finalmente una de las leyes de mayor importancia que se han creado dentro del marco de regulación para la intermediación financiera, es la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica No. 7558 del 3 de noviembre 1995, y vigente a partir del 27 de noviembre del mismo año. Esta ley surgió como reacción efectiva a uno de los mayores desastres del sistema financiero costarricense, es decir, la quiebra del Banco Anglo Costarricense.

Esta Ley implementó varias medidas de importancia: en primer lugar, abrió el mercado financiero para la libre participación de los intermediarios privados en cuanto a la captación y movilización de recursos del público; facultad

ésta que estaba restringida, dado el Decreto de Nacionalización Bancaria, únicamente para Entidades del Sistema Bancario Nacional.

Hasta ese momento, las financieras privadas sólo podían realizar actividades bancarias auxiliares de la intermediación, además del uso de los depósitos a plazos, no contemplados por el Decreto de Nacionalización Bancaria, y que hasta el momento se habían convertido en la mejor fuente de recursos de estas financieras.

La nueva Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (No. 7558), decretada el 27 de noviembre de 1995, declara de interés público la fiscalización de las entidades financieras y crea la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), bajo la misma figura jurídica de la desconcentración máxima, pero esta vez dotada de mayores poderes y mayor autonomía administrativa, mediante la institución de su propio Consejo Directivo.

Esta reforma modifica, además, el esquema de regulación represiva ex post que venía utilizando la SUGEF, impulsa un novedoso enfoque de supervisión prudencial ex ante, y amplía además su ámbito de fiscalización, sometiendo bajo su control a todas las entidades que realicen actividades de intermediación financiera dentro del territorio nacional, o que hayan sido autorizadas por el Banco Central a participar en el mercado cambiario.

Otra reforma importante, y que es la que sustenta nuestro estudio; se relaciona específicamente con la tipificación del delito de intermediación financiera no autorizada, imponiendo así, una pena de prisión que va de tres a seis años, para quien realice esta actividad sin contar con la debida autorización de la Superintendencia, o quien permita o autorice la práctica de esta actividad en sus oficinas.

B. Ente regulador:

Se considera ente regulador, a aquél que por mandato de ley está designado para fiscalizar la actividad de intermediación financiera en función de una norma constitucional o legal que así lo establezca, y nuestra Constitución Política, como hemos visto, busca a través de ello, según el Modelo de Desarrollo de Estado y economía trazados, intervenir en las actividades económicas y financieras que considera afectan bienes jurídicos importantes para ese objetivo, todo en procura de un adecuado uso de los recursos de desarrollo y un adecuado reparto de la riqueza. Los medios que ha establecido para regular esta amalgama de intereses, se localizan en el marco legal que al efecto, el Poder Legislativo ha debido crear y que se mencionó párrafos atrás.

Además, estos instrumentos legales establecen instituciones que son los mecanismos físicos que regidos por este marco legal, deben regular las actividades del sistema financiero, y procurar el resguardo de los bienes jurídicos que al Estado le interesó proteger.

La creación de ese ente se encuentra en el artículo 115 de la LOBCCR:

CAPÍTULO IV

Superintendencia General de Entidades Financieras

SECCIÓN I

Dirección y Administración

Artículo 115. Creación

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

De este artículo se puede destacar los siguientes postulados:

- La SUGEF es un órgano de máxima desconcentración del Banco Central de Costa Rica.
- Su principal función es fiscalizar las actividades que desarrollan las entidades financieras del país.
- Esta función está tutelada por las disposiciones creadas para el efecto en la misma ley LOBCCR, sus reglamentos y las demás leyes aplicables (marco legal del sistema financiero de Costa Rica). Está por tanto, sometida a la Ley.

Este ente regulador está, por mandato de ley, obligado a fiscalizar la actividad de intermediación financiera y procurar además, que con el ejercicio de esta actividad, se protejan bienes jurídicos de interés público así declarados, y que están relacionados con el sistema financiero y la economía nacional, necesarios además para el desarrollo de nuestro Estado. Así pues, el ente regulador de la actividad de intermediación financiera en Costa Rica es la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF).

“La Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) por muchos años funcionó como un departamento del Banco Central de Costa Rica, denominado Auditoría General de Bancos (AGB). El artículo 44 de la Ley 1552,

publicada el 23 de abril de 1952, establecía como función de la AGB ejercer...*la vigilancia y fiscalización permanente de todos los departamentos y dependencias del Banco, de las demás instituciones bancarias del país, incluyendo sucursales y otras dependencias, y cualesquiera otras entidades que las leyes sometan a su control.*

Posteriormente, el 4 de noviembre de 1988 y con la promulgación de la Ley de modernización del sistema financiero de la República, número 7107, la cual modificó la Ley 1552, la AGB se transformó en la Auditoría General de Entidades Financieras (AGEF), *como un órgano de desconcentración máxima adscrito al Banco Central...* (Artículo 124 de la Ley 1552).

La figura jurídica de desconcentración máxima está definida en el artículo 83 de la Ley General de Administración Pública, número 6227 del 20 de diciembre de 1978, el cual establece que, '*Todo órgano distinto del jerarca estará plenamente subordinado a éste y al superior jerárquico inmediato, salvo desconcentración operada por ley...*' Se entiende la desconcentración como la imposibilidad del superior de avocar competencias del inferior y revisar su conducta. En lo que al grado de desconcentración se refiere, dispone el mismo artículo que será máxima *cuando el inferior esté sustraído además a órdenes, instrucciones o circulares del superior.*

De acuerdo con esta reforma, correspondía a la AGEF fiscalizar el funcionamiento de todos los bancos, incluidos el Banco Central de Costa Rica, las sociedades financieras de carácter no bancario, y las demás entidades públicas o privadas, independientemente de su naturaleza jurídica, que operasen en actividades de intermediación entre la oferta y la demanda de recursos financieros, directa o indirectamente, o en la prestación de otros servicios bancarios.

La nueva Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (No. 7558), vigente desde el 27 de noviembre de 1995, declara de interés público la fiscalización de las entidades financieras y crea la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF), bajo la misma figura jurídica de la desconcentración máxima, pero esta vez dotada de mayores poderes y mayor autonomía administrativa, mediante la institución de su propio Consejo Directivo.⁶⁴

⁶⁴ Superintendencia General de Entidades Financieras. Información General. Portal Virtual www.sugef.fi.cr. Noviembre de 2007.

C. Cumplimiento de los requisitos y supervisión de los intermediarios financieros:

La supervisión y los requisitos de inscripción y autorización con los que debe cumplir un intermediario financiero, los cuales se localizan en los diferentes instrumentos legales que existen. Es importante puntualizar que los requisitos de inscripción y funcionamiento, así como las directrices de fiscalización, derivan de los principales instrumentos, que conforman el marco legal, líneas atrás, detalladas. Estos requisitos y directrices, son además disposiciones reglamentarias dictadas por el ente regulador, que bien pueden variar según el criterio de este ente, pero sin contradecir las disposiciones generales de ley. El artículo 115 de la LOBCCR así lo dispone al determinar que: “...*La Superintendencia regirá sus actividades por lo dispuesto en esta Ley, sus Reglamentos y las demás Leyes aplicables...*”

Además, el artículo 119 del mismo cuerpo legal establece en sus dos primeros párrafos que: “...*la Superintendencia ejercerá sus actividades de supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera, con estricto apego a las disposiciones legales y reglamentarias, velando porque cumplan con los preceptos que les sean aplicables.*”

En relación con la operación propia de las entidades fiscalizadas y el registro de sus transacciones, la Superintendencia estará facultada para dictar las normas generales que sean necesarias para el establecimiento de sanas prácticas bancarias, todo en salvaguarda del interés de la colectividad.”

En otras palabras, la SUGEF está obligada a acatar las leyes y los reglamentos creados, no solo para el control de los intermediarios financieros, sino también para el control de su propio funcionamiento; sin embargo, cuenta para ello, según el artículo 119 de la LOBCCR, con un determinado grado de discrecionalidad para complementar a través de directrices, circulares y otros pronunciamientos, el control sobre el accionar de las entidades fiscalizadas y el registro de sus transacciones.

El procedimiento de registro e inscripción forma parte del Sistema de Supervisión que el Estado pretende lograr sobre el sistema financiero, pues esto, en relación con la política económica, ha sido considerado necesario y por ello, declarado de interés público, para lograr los fines que persigue el Estado costarricense, según el artículo 115 de la LOBCCR.

De esta manera, para la fiscalización de las instituciones financieras encontramos que se aplica tanto la ley, los reglamentos, como las directrices que dicte el órgano supervisor, conformando con ello un sistema de fiscalización

orientado hacia una **Supervisión Preventiva**, en primera instancia, y **Correctiva** cuando la primero no logra su cometido. Además, cuando ninguno de estos dos controles logra solucionar una crisis en una institución financiera, se prevé la posibilidad de una **Supervisión Extintiva**, que supone la liquidación de la entidad.

Finalmente, con la reforma propulsada en la LOBCCR del 3 de noviembre de 1995, se creó una cuarta esfera de fiscalización que es la **Represiva** (conformada por los delitos financieros que pueden cometer un intermediario o sus representantes), y que alude a la esfera penal, se sustrae por tanto de la regulación administrativa que hasta el momento le correspondía en su totalidad al ente regulador y que ahora pasa a manos del Ministerio Público como promotor de la acción penal que es.

Es importante hablar de la orientación del sistema de fiscalización que ejerce el ente regulador, pues ello nos permite comprender las distintas etapas de control que existen para la supervisión de la actividad de intermediación financiera en Costa Rica. Siendo éste nuestro interés, se puede señalar que en Costa Rica, anterior a la reforma de la LOBCCR, las políticas de regulación que se ejercían sobre las Instituciones Financieras eran de una orientación *ex post*, es decir, que se dirigían a “corregir” las anomalías en las instituciones financieras cuando, éstas eran graves y manifiestas.

Esta situación era así, dado los pocos instrumentos legales, la poca capacidad, y la poca desconcentración legal concedida al ente regulador con respecto al Banco Central, fuera la Auditoría General de Bancos (AGB), primeramente, y luego la Auditoría General de Entidades Financieras (AGEF); lo cierto es que en un principio, estas instituciones, que fueron las predecesoras de la actual SUGEF, contaban con pocos medios para ejercer un adecuado control sobre las instituciones financieras, y su intervención podía llamarse relevante, únicamente cuando se hacía necesaria la fiscalización en alguna institución cuyo horizonte se hubiese perdido.

“Efectivamente, de acuerdo con la normativa vigente, la Auditoría no estaba en posición de realizar un control efectivo sobre las entidades financieras del sistema: la distinción establecida por la misma Ley de Regulación de Sociedades Financieras de Inversión y Crédito Especial de Carácter no Bancario dio lugar a situaciones de gran disparidad entre dos grupos de actores del sistema financiero: mientras algunos estaban sujetos a la fiscalización y vigilancia de la Auditoría General de Bancos, y a las disposiciones que dictase el Banco Central sobre las políticas crediticia y monetaria, otro grupo actuaba sin estas limitaciones.

Este segundo grupo estaba compuesto por sociedades financieras que no estaban adscritas a la Auditoría, fundamentalmente por dos razones: algunas, porque o cumplían los requisitos para ser inscritas a la Auditoría y supervisadas

por esta dependencia⁶⁵, y las otras simplemente porque no se habían acogido a la obligación de inscribirse. En efecto, la ley 5044, en su artículo 22, establecía que la Auditoría enviaría a las sociedades no registradas una carta certificada para que informaran sobre la actividad que realizan, y así establecerían si debían o no estar inscritas a la Auditoría. Si la entidad no respondía al requerimiento, la Auditoría no estaba autorizada para tomar ninguna medida en su contra.”⁶⁶

Bien pareciera que hasta 1995, al menos dentro de la corriente legislativa, no se creyó relevante crear un sistema de control eficiente, que más que curativo (una vez que se hubiese presentado la irregularidad), fuese preventivo *ex ante*, orientado a prevenir cualquier anomalía o irregularidad; procurando un adecuado registro y control de las instituciones, así como de sus actividades; exigiendo para ello el cumplimiento de ciertos requisitos previos de inscripción, como el encaje mínimo legal, y requisitos de funcionamiento como los recursos técnicos de registro y computación de operaciones, además de la infraestructura, así como un control permanente mientras continuara su funcionamiento, por ejemplo, la presentación de informes.

⁶⁵ Entre estos requisitos, poseer un capital mínimo de un millón de colones, destinar más del 50% de sus recursos propios o de terceros a las transacciones típicas de intermediación financiera, y tener formalmente establecido como objeto la realización de actividades típicas de intermediación financiera. MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. Y otros. Op. Cit. Pág. 52.

⁶⁶ *Ibidem*.

Así, es posible indicar que una primera etapa en el proceso de Supervisión que ejerce la SUGEF sobre las entidades financieras es lo que se conoce como **Supervisión Preventiva**.

Esta función de supervisión preventiva, que se ha denominado también *subjetiva o prudencial*, es también importante para la entidad financiera específica, dado el hecho de que “tanta o más importancia que la evaluación del actual funcionamiento de un banco, tiene el poder de anticipar oportunamente su desempeño futuro. Ahí está el fundamento de la auditoría preventiva. Solo la anticipación de los hechos permite evitar situaciones perjudiciales para los intereses de la empresa”⁶⁷

De manera que “la supervisión preventiva de una entidad financiera busca disminuir los riesgos en que podría incurrir, y tomar las medidas necesarias para evitar que esto suceda. Este es el objetivo expreso de la mayor parte de las regulaciones que se les imponen al sector financiero. El cual justifica también a los instrumentos de carácter preventivo que se aplican a las entidades.”⁶⁸

⁶⁷ DIAZ ARIAS, Rafael. (1991) Regulación y Supervisión de la Solvencia Bancaria en Costa Rica, Regulación y Supervisión de la Banca, Experiencias en América Latina y el Caribe. Citado por MADRIGAL BORLOZ y otros. Op. Cit. Pág 168.

⁶⁸ MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. y otros. Op. Cit. Pág. 169.

El sistema preventivo a cual nos referimos está constituido por una serie de mecanismos, los cuales son: “la comprobación de requisitos de constitución y registro especial de entidades financieras, utilización de supervisores auxiliares, rendición y publicación de informes, inspección, calificación y clasificación de activos, adecuación de capital, supervisión de grupos de interés y registro de deudores.”⁶⁹

El otorgamiento de la autorización previa, así como el “Registro Especial de Intermediarios Financieros y Agentes Auxiliares del Sistema Bancario y Cambiario”, es levantado por la SUGEF, como parte de este Sistema de Control Preventivo *ex ante*, que se propulsó con la reforma de 1995. Este registro y requerimiento de la autorización para realizar intermediación, es una formalidad indispensable para el funcionamiento de toda institución financiera, y su ausencia obliga a la SUGEF a accionar con distintos mecanismos de sanción a fin de evitar irregularidades en estas entidades, pues la misma está obligada a “...*velar porque en el territorio costarricense no operen personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación, que de manera habitual y a cualquier título realicen actividades de intermediación financiera, de capitación de recursos de terceros u operaciones cambiarias sin autorización...*”, (artículo 156 LOBCCR).

⁶⁹ MADRIGAL BORLOZ y otros. Op. Cit. Pág. 170.

Para lograr dicha autorización y registro, los intermediarios sean bancos públicos o privados, así como las instituciones financieras no bancarias, las cooperativas y asociaciones solidaristas; están obligados a cumplir con una serie de requisitos, que abarcan desde características especiales para su constitución (en el caso de los bancos públicos, éstos deben ser constituidos únicamente por una ley ordinaria); como requerimientos especiales para mantenerse en funcionamiento, tales como mantener en el Banco Central, en forma de depósitos en cuenta corriente, una reserva proporcional al monto total de sus depósitos y captaciones, lo cual se conoce como un encaje mínimo legal⁷⁰. Además, forma parte de este control, la obligación de presentar informes periódicos relacionados a ingresos, gastos, pasivos, reserva especial y cualquier otro asunto que la SUGEF considere necesario.

Aunado a este marco de supervisión preventiva, se encuentra la implementación de una serie de grados de riesgos de los activos, además que permite tener control sobre el riesgo a nivel global en el sistema financiero, posibilita detectar cuando una institución financiera enfrenta una crisis, y así tomar las medidas necesarias para la corrección de la misma. Esto es lo que podría considerarse como una segunda etapa de la fiscalización que se ejerce sobre los intermediarios financieros y es una **Supervisión Correctiva**.

⁷⁰ Artículo 62. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Ley No. 7558.

Está constituida por una serie de medidas orientadas a subsanar las crisis en las que pueda incurrir una entidad financiera, y en donde además, se procura gestionar la adecuación de los capitales de acuerdo con los grados de riesgo en los que se encuentre la entidad financiera, esto con la finalidad de proveer de un mínimo de garantía en solvencia de las operaciones realizadas; para así evitar posibles crisis y proteger intereses colectivos relacionados con el sistema financiero; pues en muchos casos la caída de una entidad financiera puede ocasionar una crisis general en el Sistema, bien sea por la pérdida directa de capitales, por las llamadas olas de pánico de inversionistas, que traen consigo retiros en masa de capitales, y con ello una caída en la concesión del crédito.

Y finalmente, cuando hay la detección de una crisis insubsanable dentro de una institución financiera, se pasa a aplicar por parte del ente fiscalizador una **Supervisión Extintiva**, pues se considera que no es posible aplicar ninguna otra medida para solucionar la crisis que además puede afectar a todo el sistema financiero.

“La supervisión pretende evitar las crisis bancarias y que de suceder éstas, se intenten corregir lo mejor posible. Sin embargo, en ocasiones ‘es

inevitable que ciertos intermediarios dejen de funcionar, pero es necesario hacerlo de manera ordenada y civilizada”⁷¹.

“La supervisión extintiva consiste entonces en el ejercicio de la actividad supervisora en esta etapa final de la vida de una entidad bancaria. Según la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, son tres los posibles supuestos por los que un banco privado deba liquidarse: La voluntad de sus socios, el vencimiento del plazo social, o que el banco sea declarado en estado de quiebra.”⁷²

En el caso de los Bancos Públicos es distinto, pues los mismos sólo pueden ser creados por ley, al igual que únicamente por ley pueden ser disueltos. Además de que están exentos de ser declarados en quiebra, pues cuentan con la garantía del Estado, ya que así lo establece el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional:

“Los bancos del Estado contarán con la garantía y la más completa cooperación del Estado y de todas sus dependencias e instituciones.”

⁷¹ LIZANO, Eduardo. Seminario: Las recientes reformas económicas y financieras en Costa Rica. La Supervisión Prudencial y Reforma del Sector Financiero. Proyecto sobre Servicios Financieros. Academia de Centroamérica. Citado por BORLOZ, Víctor Hugo y otros. Op. Cit. Pág. 328.

⁷² BORLOZ, Víctor Hugo y otros. Op. Cit. 328.

La supervisión extintiva sobre una institución pública es muy distinta a la que se aplica a una institución privada. Pero no corresponde, sin embargo, en este trabajo hacer un análisis detallado del procedimiento de extinción, intervención o declaración de quiebra de una institución financiera, pues lo importante para los fines de la presente investigación, es insistir únicamente en los distintos mecanismos de control y fiscalización que han sido creados para el control de la intermediación financiera en Costa Rica.

Finalmente, a modo de conclusión con respecto a este capítulo, se denota que agregado a estas tres distintas modalidades de supervisión, (preventiva, correctiva y extintiva – todas desarrolladas en la esfera administrativa –); la ley 7558 que reforma la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en 1995, vino a crear una nueva modalidad de supervisión sobre esta actividad, se trata de la **Supervisión Penal**. La misma se sustrae de la esfera administrativa, para pasar a formar parte de una esfera represiva, mediante la creación de una serie de delitos que pueden ser cometidos por los intermediarios financieros y sus representantes, que sin previo cumplimiento de los requerimientos necesarios para obtener la autorización legal; se dediquen a la intermediación de recursos financieros captados del público, en forma habitual, y los dediquen por cuenta y riesgo propio a actividades de crédito.

De manera que, mediante una reforma legislativa promovida por el poder ejecutivo (propiamente el presidente de la República y el Ministerio de Hacienda), se consideró que era necesario reforzar la regulación administrativa y además agregar un elemento punitivo para sancionar ciertas conductas que ponían en riesgo, bienes de alta importancia dentro del sistema financiero, tales como el ahorro y la obtención de crédito.

Propiamente sobre esta reforma, es que se centra nuestro trabajo de investigación, el cual intenta sobre todo, analizar la importancia de la incorporación de esta regulación dentro del Ordenamiento Jurídico Costarricense, y es lo que se pasará a analizar en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II
POLÍTICA CRIMINAL Y EL DELITO DE INTERMEDIACIÓN
FINANCIERA EN COSTA RICA

SECCIÓN A

Los fundamentos políticos y sociales que justificaron la intervención del Estado en la actividad financiera en Costa Rica.

Una vez que se ha logrado entender el concepto de intermediación financiera, y el escenario en el cual esta actividad es llevada a cabo, así otros factores y componentes (agentes, instrumentos y ente regulador); es que se puede comprender la importancia que tiene esta actividad para la sociedad y el Estado costarricense. Lograr determinar esta importancia, es cardinal en este capítulo, pues esto permitirá definir más adelante cuáles fueron los motivos que motivaron la política criminal de penalización de ciertas conductas relacionadas con la intermediación financiera.

Para lograr determinar esto, se deben analizar dos factores: el factor político (la regulación como parte de la política económica del Estado) y el factor social; lo cual permitirá determinar en conjunto, cuál es el razonamiento que el legislador tuvo para justificar la regulación de la actividad, y agregarle además una regulación penal, eje central de nuestro estudio.

Título I

Fundamento político de la regulación de la intermediación financiera en la economía costarricense: intermediación financiera como parte de la política económica del Estado.

Corresponde en este título analizar el factor político que ha motivado utilizar la regulación de la intermediación financiera, desde antes de la reforma legal de 1995, como instrumento de política económica del Estado, para lograr así ciertos fines del mismo; pues ha considerado la gran influencia que tiene esta actividad sobre la economía del país.

Es importante tener en cuenta que la fiscalización de la intermediación financiera, está muy ligada a la siempre presente dicotomía del Estado sobre la intervención-inhibición, regulación-desregulación, nacionalización-privatización, es decir, aquellas tendencias del Estado orientadas a controlar las relaciones del ser humano con los demás recursos de la nación, así por ejemplo, la economía. En otras palabras, el hecho de que en un país se decida regular determinada actividad, y además el grado en que esto se haga, está muy relacionado con el modelo de Estado y modelo de economía que se adopte en ese país, sobre este último interesa apuntar que “pueden ser varios los tipos de economía:

- *Economía Privada*: donde la administración se limita a garantizar el libre desenvolvimiento del orden económico. (...)

- *Economía Subsidiada*: El Estado apoya y auxilia determinadas iniciativas privadas socialmente significativas, aunque ello perturbe, quizá, la igualdad de las fuerzas de mercado. (...)
- *Economía Mixta*: El Estado participa también en la vida económica, la ordena y la regula. (...)
- *Economía Pública*: El Estado absorbe sustancialmente las relaciones económicas. (...)⁷³

Puede presentarse una variable de estos tipos de economías dentro de nuestro Estado, aunque bien pareciera que la tendencia del mismo, luego de 1995, es a crear una economía mixta, en la cual el Estado participa en la vida económica del país (con la existencia de varios bancos estatales y algunos públicos creados por leyes especiales), además de que busca regular y ordenar la economía mediante varios entes controladores (SUGEF, SUPEN, SUGEVAL y el Banco Central que desempeña un papel importante). Y aunque no corresponde analizar en este trabajo, la historia de nuestro Estado al respecto, si corresponde apuntar, que incluso en las etapas más liberales de nuestra historia, el Estado costarricense tuvo siempre algún grado de participación en la actividad bancaria-

⁷³ CARRILLO FLÓREZ, Fernando. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. (1985) Sector financiero y delincuencia económica. Bogotá, Colombia. Editorial Temis. Pág. 66.

financiera del país, desde que esta fue concebida como un instrumento importante de política económica, dada su enorme influencia en la economía.

La tendencia moderna desde mitad del siglo pasado en adelante, ha sido de aumentar y mejorar los controles, especialmente luego de 1994, con la quiebra del Banco Anglo; donde quedó demostrado que el sistema de regulación aplicado hasta el momento, no bastaba para fiscalizar a los intermediarios, proteger a los inversionistas, y asegurar un equilibrio en el sistema financiero. De esta manera, se recurrió a la reforma legal de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, (se emitió una nueva ley) para lograr este cometido.

Así pues, desde que existe regulación, sea administrativa o penal, en la actividad de intermediación financiera, la misma forma parte de la política económica del Estado costarricense, el cual ve a ésta, como uno de los instrumentos principales para lograr los fines que persigue, pues son factores muy importantes los que se mueven de un sector a otro, tales como el ahorro y el capital para inversión.

La influencia que esta actividad ejerce sobre la economía es amplia, pues es una de las actividades que por excelencia realizan los Bancos, sean públicos o privados, y que les permite con esto movilizar por los diferentes sectores de la economía la masa monetaria, esto dado "...el papel esencial que

desempeñan los bancos en la economía, los bancos tienen a su haber una importante masa monetaria, crean dinero, son los instrumentos principales de la ejecución de la política monetaria, e intermediarios entre el ahorro y la inversión”⁷⁴. Por lo tanto, el Estado no puede pasar por alto el peso que esta actividad ejerce sobre la economía y la sociedad.

Es por ello, es que existe la tendencia a utilizar la misma, como instrumento para lograr sus fines, valiéndose de su poder de imperio, e imponiendo así, requisitos, controles, y otros tipos de regulaciones, como sanciones y penas, para lograr este cometido.

Por política económica se puede entender, la estrategia con la que un Estado orienta el manejo y control, de instrumentos de la economía para lograr sus propios fines. Siguiendo las reflexiones del autor William PLEITEZ, quien apunta que “...la política económica es entendida como el manejo por parte del Estado, de ciertos instrumentos considerados como típicamente económicos, tal es el caso de los precios, las tasas de interés, el tipo de cambio, el salario mínimo, la masa monetaria y otros”⁷⁵.

⁷⁴ SNOEK. Harry. Los problemas de la Supervisión Bancaria en los PMA. Finanzas y Desarrollo. Washington, Vol. 26, Num. 4. Diciembre de 1989, pp. 14-15. Citado por MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. Y otros. Op. Cit. Pág. 5.

⁷⁵ PLEITEZ, William. (1990) El Estado democrático de Derecho en el Salvador. Política económica en el Estado Democrático de Derecho. Año de la revista: 1990. El Salvador. Pág. 52.

Dentro de estos instrumentos típicamente económicos, se pueden colocar al ahorro de unidades superavitarias, y el crédito de capital para la inversión de unidades deficitarias, además, de los muchos otros factores que rodean este proceso de intercambio o intermediación de recursos.

Ahora bien, decir que la política económica es una simple estrategia de control de instrumentos típicamente económicos, para lograr determinados fines, es dar una definición muy limitada; pues relacionada a este concepto, se encuentran factores sociales y políticos, que muchas veces influyen indudablemente en la selección de los instrumentos a controlar, por parte del Estado.

Y así, "...en su dimensión más amplia, la política económica debe ser entendida como ese conjunto de intervenciones gubernamentales dirigidas a modificar las condiciones y relaciones económicas de los entes privados y públicos, resultante de la confrontación de fuerzas sociales representadas en el Estado... Dicho en otras palabras, esto significa que dentro del marco instrumental, utilizado para su creación, la política económica, al menos en lo que concierne a su dirección, debe ser entendida como un producto de la correlación de fuerzas del interior de la sociedad"⁷⁶; y por tanto, la sociedad siempre tendrá

⁷⁶ PLEITEZ, William. Op. Cit. Pág. 52.

una gran influencia en la manera en que el Estado decide intervenir en las relaciones del individuo y la economía.

Así, el hecho de que en una Estado se oriente hacia la intervención de ciertos planos de la sociedad, como la economía, se debe principalmente a la trascendencia que ésta puede tener para la consecución del orden social. Es innegable que aunque Estado y economía, son planos totalmente distintos, éstos se relacionan e influyen constantemente dentro de sus propias dinámicas de desarrollo, y el componente que encuentran en común es la sociedad. Así lo consideran CARRILLO FLÓREZ y PINZÓN SÁNCHEZ; al considerar que "...el objeto de la economía es el hombre en sus relaciones dialécticas con la naturaleza, en cuanto agente que ejerce actividad sobre ella para producir los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de sus necesidades, está en una relación de medios escasos de usos alternativos y fines múltiples. En este marco, la escasez de un lado y el bienestar general del otro, delimitan la política económica como un conjunto de acciones realizadas a través de los órganos del poder público, para alcanzar ciertos fines..."⁷⁷

La política económica, en su función fiscalizadora de los agentes del sistema financiero, conforma una parte de la amalgama de instrumentos con los que cuenta el Estado, y lo que busca es manipular, y controlar determinados

⁷⁷ CARRILLO FLÓREZ, Fernando. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Pág. 64.

elementos del mercado financiero, entre ellos a los intermediarios financieros, para que éstos no puedan ejercer licenciosamente esta actividad. Además, con el control y fiscalización sobre la manera en que se prestan los servicios de intermediación financiera, se busca controlar elementos como el ahorro, el crédito, y las actividades hacia las que se canaliza el mismo.

“Así, al disponer del ahorro nacional, la banca pone en riesgo recursos de terceros y puede, por medio del crédito, determinar las actividades a las que se van a dirigir esos recursos. La posibilidad de crear medios de pago significa, además, que la banca tiene una incidencia directa el nivel de circulante de la economía y, por ende, en el nivel de inflación.”⁷⁸

La política económica en Costa Rica, luego de la quiebra del Banco Anglo Costarricense, experimentó un re-direccionamiento por dos motivos importantes: en primer lugar, cuando se evidenció que la monopolización de la actividad de intermediación financiera para bancos del Estado, no había permitido alcanzar el modelo de desarrollo esperado.

⁷⁸ THOMPSON CHACÓN, Alan. La regulación de la actividad bancaria en Costa Rica. Banca, Bolsa y Seguros. No. 2, Julio-Agosto, Pág. 29. Citado por MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. Y otros. Op. Cit. Pág. 8.

Para estas alturas, y luego de 47 años de monopolio estatal sobre los depósitos del público ahorrador, se determinó que esta política era ineficiente, además de que podía ser tan insegura, como si se tratara de bancos privados que administraran los depósitos público, pues lo que se necesitaba para garantizar esta seguridad era la implementación de una política fiscalizadora suficientemente fuerte para detectar las crisis de los agentes del mercado y controlarlas a tiempo, se trataba pues, de cambiar los instrumentos de control y las potestades de los entes encargados de aplicarlas, y no necesariamente de limitar a ciertos sectores para realizar determinadas actividades (como la intermediación de recursos).

En segundo lugar, fue una respuesta al clamor general de los costarricenses, que habían presenciado por primera vez en la historia de nuestro país, la quiebra de una importante institución bancaria estatal, a manos de la criminalidad de cuello blanco, y la nociva corrupción pública de los altos funcionarios de la institución. Así pues, se ve que en esta ocasión el cambio de política económica se debió a una motivación derivada del contexto social; y dentro de esta re-dirección, se incluyó la penalización de ciertas conductas como parte de una política económica que trataba de mostrarse más fuerte.

De manera que lo que se hizo, fue dotar a los entes fiscalizadores con la potestad para exigir la aplicación del recurso más poderoso con que cuenta el Estado: la sanción punitiva; esto mediante una sección en la Ley Orgánica del

Banco Central de Costa Rica, dedicada al procedimiento para las infracciones administrativas, las sanciones y actos ilícitos en la actividad financiera (Sección IV del Capítulo IV de la LOBCCR).

Si bien es cierto, que en nuestro país se habían presentado antecedentes serios de criminalidad económica, como la quiebra de las financieras en los años ochentas, el tratamiento que se le había dado a estos casos, no había sido como un delito financiero específico, tal como la intermediación financiera ilegal, pues fue posible hablar del mismo, hasta la reforma promovida en 1995 por el Poder Ejecutivo, conformado por el presidente de la República y el Ministro de Hacienda; la cual se analizó en el expediente legislativo No. 11.639 y dio como resultado la Ley 7558, Ley Orgánica del Banco Nacional de Costa Rica, que en su *Capítulo IV, Sección IV: Procedimiento, infracciones, sanciones y actos ilícitos en la actividad financiera*, regula las maneras en las que la intermediación financiera es tratada como un delito.

De esta manera, se reformó la supervisión administrativa que hasta el momento se ejercía, de una forma poco eficiente por parte del ente fiscalizador: La Auditoría General de Entidades Financieras (hoy SUGGEF), pues los mecanismos de control pasaron a ser de una supervisión *ex ante*, encaminada a evitar una crisis, a diferencia de los mecanismos *ex post*, destinados a corregir una crisis cuando ya ésta se había manifestado.

La protección penal por su parte, fue una innovación en la supervisión del sistema financiero, pues hasta ese momento se entendió la necesidad de regular eficientemente a los agentes del sistema. En nuestro país, si bien el Estado había tomado cartas en la intervención del sistema financiero, desde el siglo antepasado (en distintos grados según nuestro modelo de Estado), hasta 1995, se entendió que para alcanzar el modelo de desarrollo deseado, se debía de implementar una política económica mucho más eficiente, que le permitiera al Estado controlar a los agentes del mercado, para evitar crisis como las del Banco Anglo, desde un modelo de supervisión preventiva, y contando además con los medios necesarios que en última ratio, permitieran ejercer control sobre aquellos agentes que realizaran conductas más nocivas en perjuicio del sistema financiero, y cuyas actividades no fuese posible fiscalizar y corregir mediante el aparato administrativo.

Sin embargo, en este punto es importante rescatar, que regular la intermediación financiera a razón de utilizarla como instrumento de política económica del Estado, es un motivo importante, mas no el determinante de la necesidad de declarar de interés público la regulación y el control que existe sobre la misma, pues hay muchas actividades que también influyen en la economía del Estado y que no por tal, están sometidas a un régimen especial como el de la intermediación.

Así pues, aparte de la enorme influencia de esta actividad en la economía en general (punto que es innegable); debe existir otro fundamento con mayor mérito para justificar este régimen especial, en este sentido se resalta la existencia de un motivo social de protección al público inversionista, el mismo que se pasará a estudiar a continuación.

Título II

Fundamento social de la regulación de la intermediación financiera en la economía costarricense: protección del público inversionista.

Al hablar de regulación se debe entender que la actividad no se puede ejercer libremente. Es importante para este efecto, recalcar lo que ya se ha mencionado párrafos atrás: de conformidad con nuestro modelo de economía y principalmente nuestro modelo de Estado costarricense, (el cual busca procurar según mandato constitucional, el adecuado reparto de la riqueza mediante la eficiente utilización de los recursos); es que toda actividad que tenga injerencia en estos dos factores, en principio podría, ser objeto de regulación, pero para poder justificar cualquier control sobre la actividad de intermediación financiera se tiene que determinar la existencia de un interés público.

Sobre el concepto de interés público se ha dicho que "...puede ser considerado como un concepto de orden funcional, ya que sirve para justificar diversas formas de intervención del Estado en la esfera de los particulares previendo límites de distinto grado, ya sea a través de prohibiciones, permisos o estableciendo modos de gestión. Sin embargo, no implica una sectorización, ya que tampoco se refiere de manera necesaria a bienes públicos.

(...) Los conceptos jurídicos, como por ejemplo de orden público o interés público, utilidad pública o paz pública, o bien seguridad nacional son indeterminados tanto en su creación como en su aplicación. Estos conceptos son indeterminados porque no permiten una aplicación precisa e inequívoca.”⁷⁹

Sin necesidad de buscar más allá, es posible localizar la fuente en la cual se determina la existencia de un interés público en la regulación de la intermediación financiera; ésta se haya en el artículo 115 de la LOBCCR, el cual dice: *“Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras...”*.

La jurisprudencia nacional ha mencionado al respecto que, *“...Si se revisa con detenimiento el conjunto de disposiciones de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (...), así como las de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional (artículos 15 a 18), es posible reparar en la especialidad propia que desarrolla dicho órgano y en el altísimo interés público que involucra la supervisión, control y fiscalización de la actividad de intermediación financiera. - En efecto, la primera de esas leyes regula a partir de su artículo 115, las actuaciones de la SUGEF, órgano de desconcentración máxima del Banco que tiene como*

⁷⁹ HUERTA OCHOA, Carla. El concepto de interés público y su función en materia de seguridad nacional. E-book (citado el 01 de octubre de 2008), publicado en www.bibliojuridica.org. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

función primordial la de controlar a las entidades financieras del país, actividad que de paso se declara de interés público (artículo 115)” Sentencia No. 126-2008 de la Sección Primera del Tribunal Contencioso Administrativo, a las once horas del veintiséis de abril del dos mil dos.

Así, los motivos que consideró el legislador para declarar de interés público esta actividad es lo que corresponde analizar a continuación.

Ahora bien, ¿cuál es la importancia que se puede encontrar en ejercer una regulación sobre esta actividad?; se ha visto, que la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, consideró necesario, y sobre todo de interés público, fiscalizar el ejercicio de la intermediación financiera, por lo que no cualquier persona física o jurídica podría practicar esta actividad libremente, en primer lugar, debe contar con la autorización del ente supervisor (Auditoría General de Entidades Financieras), y para lograr dicha autorización debe cumplir con determinados requisitos, que varían según el tipo de intermediario financiero que se trate, además de someterse a una regulación preventiva que se encarga de fiscalizar a las entidades durante su funcionamiento, comprobando que el estado financiero de la institución sea seguro para el público inversionista, y además en caso de que los intermediarios no se sometan a este régimen de control administrativo; existe dentro de la misma ley supra citada, un régimen de control punitivo que penaliza determinadas conductas, que ponen en riesgo el equilibrio

del sistema, pero por sobre todo que pongan en riesgo los ahorros del público inversionista.

Uno de los puntos importantes en discusión luego de la disolución del Banco Anglo Costarricense, fue sobre como se asumiría el pago de los depósitos del público inversionista, pues se trataba de un Banco del Estado que contaba con la garantía de éste en caso de insolvencia, para responder en dichas obligaciones. Sin embargo ¿que pasaría en caso de que fuese una financiera o un banco privado el que quebraba en razón de una estafa?

Si bien existían maneras de garantizar los depósitos como, por ejemplo, la reserva legal, esta protección debería reforzarse, pues aunque la reserva está destinada a cubrir pérdidas de la institución ante una crisis financiera, en el caso de la quiebra del Banco Anglo, más allá de ser una crisis financiera severa de la institución, se trató de un caso fuerte de corrupción política, tráfico de influencias y mala utilización de recursos públicos, por parte de altos funcionarios de la institución.

Es decir, que la necesidad de realizar reformas al sistema financiero entre 1994 y 1995 se debió a una situación coyuntural que combinó tanto factores políticos, económicos como sociales; pues por un lado era evidente que la legislación necesitaba un cambio orientado a mejorar los mecanismos de control,

que garantizara a su vez la estabilidad del sistema financiero, pero también implicaba un factor social relacionado con la respuesta que los costarricenses esperaban que el gobierno tuviese ante la corrupción política y el crimen de cuello blanco; pues es evidente que además de mejorar el aparato fiscalizador y sus instrumentos de control, se necesitaba demostrar que una situación como la del Banco Anglo era inaceptable y reprochable, al menos desde la óptica populista, aunado a la influencia de los medios de comunicación masiva, que hicieron gala del hecho como uno de los mayores casos de corrupción y fraude económico en la historia del país, que puso en peligro una gran cantidad de recursos financieros que el público ahorrador habría perdido, de no ser por la garantía del Estado.

De manera que en ese momento, además de comprenderse que el sistema administrativo de control era ineficiente, se logró comprender que la actividad de intermediación financiera, no solo podía ser nociva para el sistema financiero, sino y sobre todo, porque podía ser un instrumento idóneo para cometer delitos en contra del ahorro del público. Y éste es la razón de mayor trascendencia que pudo haber motivado la reforma de 1995.

A continuación se verá con más detalle las razones por las cuales la protección al público ahorrador se convierte en el principal fundamento de la creación de un régimen especial de control sobre la actividad de intermediación financiera; son tres razones a considerar:

1. En primer lugar porque es una relación de confianza: ya que ésta es una actividad que implica ponderar dos elementos:

- El incentivo económico ofrecido: De manera que la actividad de captación de recursos del público ahorrador implica ofrecer un atractivo económico directo, y que no signifique mayor esfuerzo para el ahorrador. Este atractivo no es otra cosa más que el interés activo que ha de recibir el público por su depósito, de manera que este interés es una ganancia directa que obtiene el ahorrador por el simple hecho de hacer el depósito, no implica un mayor esfuerzo, pues el depositante no tiene responsabilidad alguna en decidir cuál es el destino de los recursos que deja en manos del intermediario; y
- La confianza proyectada: Es decir que el ahorrador además de considerar la ganancia directa que obtiene por su depósito considera (razonablemente), la seguridad que el intermediario ofrece para sus recursos y la garantía sobre un manejo adecuado de los mismos, este es el elemento de confianza, pues como ya mencionamos, el ahorrador no decide sobre el destino que el intermediario hará de los recursos, únicamente los deposita y confía en que el intermediario podrá responder a sus obligaciones (pagar el interés acordado y entregar el depósito en el plazo acordado o bien si no existe – depósito a la vista – en el momento en que el ahorrador lo requiera).

De manera que al ser una relación de confianza, el público depositante puede quedar desprotegido, principalmente al desconocer la verdadera estabilidad del intermediario y desconocer la fiabilidad de los negocios realizados, es decir, el destino de los recursos.

2. En segundo lugar, por las características propias del público ahorrador, y la altas posibilidades de que tengan un grado (variable) de desconocimiento: un factor importante a considerar sobre la importancia de la protección del público ahorrador, es que el negocio de depósito no es un negocio que implique igualdad entre las partes, especialmente en cuanto al conocimiento de los detalles de la negociación, pues quien posee este conocimiento es el intermediario, ya que es un agente de mercado cualificado con los recursos técnicos y las cogniciones necesarias para realizar una actividad compleja como lo es ésta. El público ahorrador por su parte, es una población heterogénea, y variada en cuanto al grado de preparación académica, especialmente con respecto a conocimientos de economía y de negociaciones bancarias. De manera que, puede ser parte de este público ahorrador tanto una persona con conocimientos especializados en banca, como una persona campesina, y con un grado mucho menor de escolaridad; por lo tanto, es de esperar, que muchas personas desconozcan los detalles de una negociación bancaria y así, se atengan únicamente a los detalles básicos de la misma, confiando para todo lo demás en la capacidad del intermediario.

3. Y en tercer lugar, la nocividad que puede causar en variados estratos sociales el mal manejo del ahorro del público: porque dadas las características propias de la intermediación financiera, tal como se ha señalado anteriormente, la población que realiza la transacción de depósito de los recursos, es una población amplia y heterogénea, ya que el público ahorrador es una generalidad de personas de muy variados sustratos de la población (conformados desde familias, hasta empresas y personas jurídicas dedicadas a diversas actividades), todos ellos acuden ante el intermediario, teniendo un remanente de recursos financieros, y cuyo interés es resguardar los mismos y obtener por ello una ganancia económica. Por lo tanto, al presentarse una pérdida de recursos por parte de un intermediario que entra en crisis (o principalmente porque se da un episodio de criminalidad económica); las consecuencias patrimoniales de este hecho no recaen únicamente sobre unas cuantas personas, sino sobre una parte importante y variada de la población. De manera que, vistas las consecuencias desde una óptica individual, puede ser muy bajo el daño (material) causado a una sola de estas personas; pero cuando se suman todos estos daños, y se miran de manera global, el mismo es de proporciones mayores.

Estos tres factores que se han analizados permiten concluir, que el factor riesgo del concepto de intermediación financiera, si bien recae sobre el intermediario (él lo asume); afecta directamente al ahorrador, quien en razón de su inexistente participación en la negociaciones que realiza el intermediario con los

depósitos; es la parte más desprotegida de esta relación, y al acontecer un hecho de criminalidad económica, los daños, que vistos desde una perspectiva individual pueden ser menores, una vez que resultan sumados, evidencian su perjudicial influencia en diversos y amplios sectores de la sociedad.

Así por lo tanto, son estos factores, los que hacen necesario y evidente desplegar todos aquellos controles que sean precisos por parte del Estado, para proteger los intereses económicos de los ciudadanos, de conformidad con el artículo 50 de la misma Constitución Política.

SECCIÓN B

La política criminal ante el delito de intermediación financiera no autorizada en Costa Rica.

Ya se ha hablado de los fundamentos político-sociales posibles, para justificar la regulación de la intermediación financiera, en adelante lo que se estudiarán serán los motivos político-criminales posibles, para justificar la penalización de la actividad de intermediación financiera sin contar con la debida autorización de la autoridad competente.

Esta conducta, que en el ordenamiento jurídico costarricense ha sido penalizada con pena privativa de libertad de hasta 6 años, pasó de ser una infracción que anteriormente era tratada en vía administrativa, y que era sancionada con la inhabilitación para realizar la actividad (cierre del negocio), hasta tanto no se sometiera al control de la Auditoría General de Entidades Financieras. Esta inhabilitación, sin embargo, era relativa, pues en realidad, la Auditoría no contaba con los medios necesarios para aplicar las medidas de control pertinentes, ni con la fuerza coercitiva básica para imponer las sanciones en los casos que lo ameritaban.

Con la reforma de 1995 aplicada a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica Ley 7558, es que se cambian las potestades del ente regulador,

pasando éste a llamarse Superintendencia General de Entidades Financieras, cuya función además de la regulación de la actividad de intermediación financiera, se encuentra contemplada en el Capítulo IV de la ley 7558 supra citada. Este capítulo vendría a ser una reforma integral a la regulación de la actividad de intermediación financiera, y una de sus principales reformas realizadas se encuentra en la Sección IV, que comprende el procedimiento a seguir en caso de *“infracciones, sanciones y actos ilícitos en la actividad financiera”*. Es aquí, en donde encontramos la introducción del delito de intermediación financiera no autorizada, como parte de la legislación penal accesoria.

Ahora bien, en este título no corresponde estudiar como tal el tipo penal, pues ese será objeto del capítulo III del presente trabajo; aquí estudiaremos los motivos de política criminal –que se consideraron – para introducir esta conducta dentro del acervo de tipos penales que existen en nuestra legislación. Por lo tanto, lo que corresponde a continuación, es estudiar el concepto de política criminal, los fundamentos o fines que motivan a la misma; y en el caso concreto de la intermediación financiera, los motivos que pudiesen existir para penalizar esta actividad cuando se realiza sin autorización.

Título I.

La política criminal: Concepto, fundamentos, límites y fines.

A. Concepto de política criminal y sus fundamentos: (poder de estado y poder punitivo):

El papel que el Estado juega dentro del orden social de los individuos es preponderante, ya que vemos que la sociedad misma es el eje central del Derecho, y por tanto, el fin máximo del Estado –independientemente del modelo que se trate – es procurar un grado aceptable y posible de convivencia humana; así, valores como el bien común, y el orden público, se convierten en fines mismos del Estado.

Por orden público se entiende: “el conjunto de condiciones fundamentales que deben darse en una comunidad, sin las cuales se afectaría profundamente la organización de la misma, lo cual podría llevarla, en la medida de su intensidad, a su desquiciamiento o destrucción. El orden público, desde el punto de vista jurídico, es conjunto de condiciones relativas a tranquilidad,

seguridad y salubridad que deben darse armónicamente en una sociedad, cuya perturbación incide en su estabilidad.”⁸⁰

El grado de participación que el Estado deba tener en el quehacer humano ha sido siempre muy discutido, es “...uno de aquellos tópicos que a través de la historia del hombre en sociedad ha avasallado los criterios orientadores de las tendencias políticas”⁸¹, que van desde el más intenso intervencionismo estatal, hasta las recientes tendencias neoliberales.

Sin embargo, no se puede asegurar cual es la política⁸² de gobierno por la que se inclina actualmente nuestro Estado, pues puede ser ciertamente discordante de un sector a otro, es decir, que es realmente difícil afirmar que el Estado costarricense sigue una política neoliberal, o intervencionista uniforme, tomando en cuenta, incluso lo impreciso que puede ser definir neoliberalismo o intervencionismo, pues muchas formas o variables de éstos, se han dado en la historia del Estado.

⁸⁰ BERNAL CUELLAR, Jaime. OSORIO BUSTOS, Carlos Fernando. (1985) Delitos Financieros. Editorial Temis, Bogotá, Colombia. Pág. 17.

⁸¹ CARRILLO FLÓREZ, Fernando. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. (1985) Sector financiero y delincuencia económica. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Pág. 59.

⁸² Se entiende por política “aquellas orientaciones o directrices que rigen la actuación de una persona o entidad en un asunto o campo determinado”. Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española. 22ª Edición. Madrid, España.

Lo que es importante puntualizar, es que independientemente de la tendencia que siga nuestro Estado, y del grado de intervención que el mismo decide aplicar en los distintos ámbitos de la sociedad; aquellas “estrategias” que utiliza; es lo que se conoce como políticas, y así, se puede hablar de política económica, política social, política educativa etc.

Se vio páginas atrás, la importancia que ha tenido la política económica seguida en nuestro país para el control de la intermediación financiera, pues se ha planteado que es este control, un fin importante para desarrollar dicha política, dada la significación que tienen algunos elementos propios de la intermediación financiera, tales como, el ahorro, el capital para inversión, la concesión del crédito, etc. en la economía.

Ahora bien, otro de los controles que nuestro Estado ha agregado, como ya dijimos, es el control penal, mediante la sanción privativa de libertad, sobre el ejercicio de esta actividad sin contar con la debida autorización, y ha sido precisamente la política criminal, la que se encargó de seleccionar esta conducta para someterla bajo el control penal (*ius punendi*), mediante el poder que tiene el Estado; es por tanto, que existe ciertamente una relación directa entre política criminal, poder punitivo y poder de Estado.

La política criminal es uno de los instrumentos por medio del cual, el Estado intenta procurar el orden público, y así, "...al plantearse la cuestión criminal desde política, se está significando que dice relación con el poder, esto es con la capacidad de definir dentro de la estructura social, y por tanto, consecuentemente de dirigir y organizar. Es por eso que en este sentido Estado y política criminal aparecen como consustanciales, si bien es cierto que puede haber muchas políticas criminales dentro de un Estado."⁸³

Lo que trata, la política criminal es propiamente de seleccionar las conductas que habrá de someter al *ius punendi*, y para imponerla se vale de su poder de imperio. Sin embargo, bajo los parámetros de un Estado democrático de Derecho, el poder de imperio sobre los ciudadanos, no es irrestricto y por tanto, tiene límites que se establecen bajo valores mismos como la equidad y el bien común; es decir, que un Estado democrático de Derecho, que atropelle garantías y derechos de los ciudadanos en procura del orden público, es una contradicción en sí mismo, y sería más bien un Estado con un discurso democrático falso, ocultando no otra cosa que el totalitarismo.

⁸³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1995) Revista de Ciencias Penales. Política Criminal y Estado. Edición: 1995. Mes: Diciembre. Pág. 10. Número: 12.

Dado que el mismo poder del Estado se encuentra limitado –tratándose de un Estado democrático de Derecho –, es que el Derecho penal y la política criminal, se encuentran igualmente limitados.

Partimos primeramente del concepto de *ius punendi*, o Derecho de imponer penas, entendido como “...la fuerza que dispone el Estado para imponer decisiones al ciudadano en materias que afectan derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud pública o relaciones con propiedad, la confianza pública y la seguridad común. Decisiones que fundan tanto en un sentido protector como en el sentido sancionatorio, que también afectan bienes del responsable”.⁸⁴

Y la política criminal por su parte, se define como “...el poder de definir los procesos criminales dentro de la sociedad y por tanto, de dirigir y organizar el sistema social en relación con la cuestión criminal”⁸⁵. Pero ésta no es única, ya que es solo una de las muchas políticas del Estado para definir, dirigir y corregir la organización social; así “...es necesario ver la política criminal como un sector de las políticas totales del Estado, que tiene que ver con el objeto de establecer cuales conductas selecciona para sancionar”⁸⁶.

⁸⁴ BINDER, Alberto M. (1997). Política Criminal, de la formulación a la praxis. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina. Pág. 22.

⁸⁵ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1995) Op. Cit. Pág. 155.

⁸⁶ SALAZAR CARVAJAL, Juan Pablo. (1998). Sistema Penal en la Sociedad Democrática. Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho. Universidad de Costa Rica. Pág. 106.

Es válido agregar, que la política criminal muchas veces no es uniforme, pues en un Estado puede suceder que no se cuenta con una política criminal definida, o simplemente que no existe, pues más bien, de lo que se habla son de respuestas sociales ocasionales al fenómeno de la criminalidad, muchas veces motivadas por los medios de comunicación masiva, "...respuestas que no precisamente son las más coherentes, no son las más idóneas y que por lo general están determinadas por el manejo que la prensa hace del problema de la criminalidad y de la cual a su vez nuestros legisladores hacen eco."⁸⁷

De esta manera, una política criminal que únicamente se centre en la función de seleccionar conductas para imponerles una pena, no es precisamente la más acertada, pues vendría a constituirse como una política populista, y no estaría realmente comprometida con resolver el problema de la criminalidad, que es finalmente el propósito máximo que busca el Estado en su camino hacia la consecución del bien común y el orden público.

La política criminal debe verse y definirse desde una óptica completa y que incluye en sí "...directrices en torno a como enfrentar el problema de la criminalidad (...), entendemos entonces por política criminal el sector de la política general del Estado que tiene que ver con el fenómeno de la criminalidad, pero en una dimensión amplia. Que abarque no solamente la política criminal que hemos

⁸⁷ SALAZAR CARVAJAL, Juan Pablo. Op. Cit. Pág 107.

manejado (que ha sido la respuesta represiva para el aumento de penas para ciertos hechos delictivos) sin que se haya considerado la política criminal en su dimensión plena, que tiene que ver con todas las prácticas preventivas, las prácticas anteriores a la comisión del hecho delictivo”⁸⁸, y para lograr esta amplitud, la política criminal debe además “estar referida al sistema de control social (no solo el sistema penal) y que intercepta con otras áreas de la política estatal, particularmente el ‘sector social’ (salud, vivienda, educación, trabajo) con su incidencia en la prevención primaria de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas. (...) cuando se refiere a la prevención de delitos como parte de la política social diciendo que el sistema de justicia penal además de ser un instrumento de control y disuasión, debe de contribuir también al objetivo de mantener la paz y el orden y de reparar las desigualdades y proteger los derechos humanos con miras al logro de un desarrollo económico y social equitativo.”⁸⁹

De manera que “...la política criminal dice relación con la cuestión criminal dentro del sistema, necesariamente ello implica comprender como un todo los diferentes aspectos que implica el proceso de criminalización, esto es considerarlos como un sistema de control penal. Esto es no solo las leyes (penales, procesales penales, etc.), sino las instancias concretas en que actúan

⁸⁸ SALAZAR CARVAJAL, Juan Pablo. OP Cit. Pág. 107.

⁸⁹ Carranza, Elías. (1992) Revista de Ciencias Penales. Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal. No. 6, Mes: Diciembre; Volumen 4: Pág. 19. Costa Rica.

los sistemas sociales, esto es la policía, el proceso penal, el sistema penitenciario, los diferentes organismos auxiliares (asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, médicos, etc.) (...) se requiere de tener un cuerpo coherente de leyes, de instancias e instituciones y operadores sociales.”⁹⁰

B. Fin y límite de la política criminal (el bien jurídico tutelado):

Se ha hablado ya sobre el concepto limitado y el concepto amplio de la política criminal, de manera que podemos resumirlo de la siguiente forma: El concepto limitado, es aquél que contempla las actuaciones del Estado orientadas a seleccionar ciertas conductas, que considera necesario someter al poder punitivo, para así evitar crear un desequilibrio o perturbación en aquellas condiciones necesarias para la adecuada convivencia, por ejemplo, la seguridad, la salubridad etc.

Un concepto más amplio y racional de política criminal, permite integrar a la función de seleccionar acciones para su penalización; aquellas instituciones relacionadas con el sistema penal, y que no solamente se encargan de aplicar

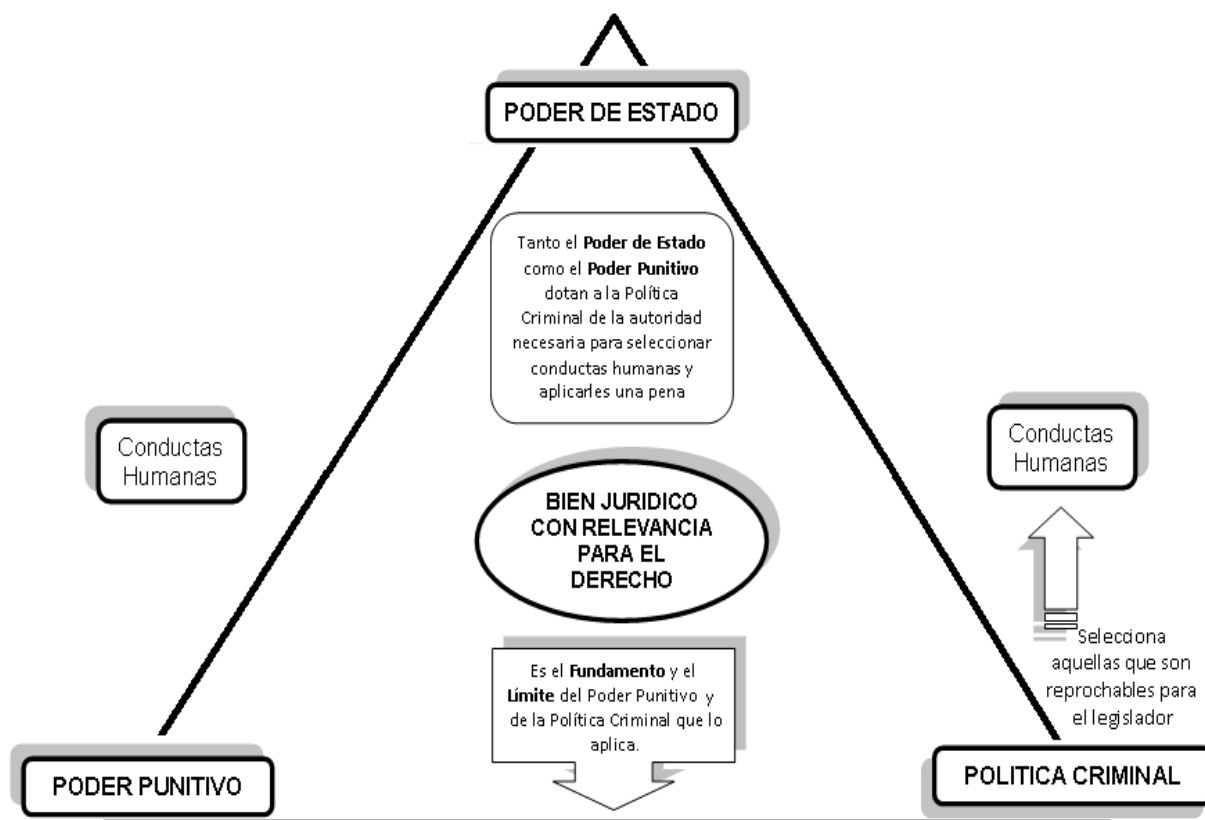
⁹⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. Cit. Pág. 10.

penas, como por ejemplo, operadores sociales, tales como el sistema educativo, (que incluye maestros, profesores, orientadores) y el sistema de salud, (incluye médicos, psicólogos, psiquiatras), pues como fin primordial para contrarrestar el problema de la criminalidad, se trata de que antes de castigar el delito, se logre la mejor manera evitar que el mismo se presente.

Por otro lado, lo que también se busca no es simplemente castigar una vez que la actividad delictiva se da; sino maximizar los recursos del sistema penal (incluyendo por supuesto al sistema penitenciario) para que la pena no cumpla simplemente un función disuasoria y castigadora, sino una función reformadora, que permita la posterior reinserción a la sociedad de quien delinque.

Otra de las orientaciones que una política criminal racional debe tener, es la despenalización de actividades que no causan perjuicio a un bien jurídico, pues al fin y al cabo es este factor (la protección de un bien jurídico con relevancia para el Derecho), la verdadera función de la política criminal; y así, el bien jurídico no únicamente se convierte en el fundamento de la política criminal, sino también que es el límite de la misma, pues como decíamos páginas atrás, la relación entre poder punitivo, poder de Estado y política criminal es innegable; pues estos tres elementos se encuentran ligados e igualmente limitados, por la necesaria existencia de la protección de un bien jurídico con relevancia para el Derecho.

Lo resumimos de la siguiente manera:



Vemos en este esquema que la política criminal, el poder punitivo y el poder de Estado tienen una relación triangular, en la que cada uno de los elementos de la pirámide, se relacionan intrínsecamente. Así pues, el poder punitivo, que es la facultad de imponer penas, sólo puede ser ejercido legítimamente por el Estado; de manera que el *ius punendi* desciende directamente del poder de Estado.

La política criminal por su parte, se despliega con autoridad en razón del *ius punendi* y el poder de Estado, pero sólo tiene sustento, en tanto tenga igualmente la legitimación suficiente, para seleccionar las conductas que habrán de someterse al control penal (amplio), y esa legitimación deviene de la existencia de un bien jurídico.

Por ello se dirá, que éste (el bien jurídico) es el eje central de la relación POLÍTICA CRIMINAL–PODER PUNITIVO–PODER DE ESTADO, y dada la relevancia que el mismo tiene para el Derecho, y para la vida en sociedad del hombre, es que merece protección penal.

Así pues, el argumento principal que se puede esgrimir para asegurar que la existencia de un bien jurídico es indispensable y condicional, para que el ejercicio de la política criminal y la imposición de penas sean legítimas en un Estado democrático de Derecho; es que el ejercicio del poder que ellas representan (que puede ser considerado como un ejercicio de violencia⁹¹), se despliegue única y exclusivamente en beneficio del orden social y el bien común. Por lo tanto, es necesario que la política criminal, procure que el ejercicio de la

⁹¹ Se dice que el sistema de control penal es violento, pues “**El principio de igualdad en que se funda El Estado no es una realidad, sino sólo un programa.** Esto es, que hay discriminación, que se da una desigual distribución de la criminalización, del poder de definir lo criminal (...) precisamente esta desigual distribución de la criminalización, obliga a considerar al propio sistema de control penal como criminalizador y criminógeno, esto es, con un abuso o exceso de violencia, y, por tanto, ello requiere llevar a cabo su constante revisión.” Véase supra cita 83, Pág. 155. de BUSTOS RAMÍREZ, Juan.

violencia del sistema (selección del proceso de criminalización) sea mínimo, y siempre en resguardo de un bien jurídico tutelado, que justifique la aplicación de la violencia del sistema.

De manera que, "...la doctrina del bien jurídico puede valer como instrumento de crítica sea política o constitucional de las leyes y de las prácticas vigentes, en una perspectiva de Derecho penal mínimo: por las prohibiciones, como por las penas y los juicios. En esta perspectiva, toda nueva fundamentación del Derecho penal debe partir de la valoración de la jerarquía de los bienes, base de la jerarquía de las prohibiciones vigentes y de las penas legalmente establecidas, y proceder luego a reelaborar la lista de los bienes fundamentales considerados merecedores de tutela."⁹²

El bien jurídico se debe recalcar, es el punto cardinal del que debe partir toda política criminal, y es a la vez el límite tanto de ésta, como del poder punitivo, pues este último no se puede ejercer legítimamente sin la existencia de un bien jurídico protegido. Ahora bien, es oportuno preguntarse: ¿Qué es un bien jurídico? ¿Cuándo tiene relevancia para el Derecho? ¿Y quien selecciona cuáles bienes proteger?

⁹² FERRAJOLI, Luigi. (1992) Revista de ciencias penales. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. No. 5, Mes: Marzo-Junio; Volumen 4. Pág. 2. Costa Rica.

El concepto de bien jurídico puede parecer fácil de definir, si se parte del simple enunciado de que bien jurídico es todo aquello que es objeto de protección por el Derecho penal, en razón de la aplicación de una pena sobre una conducta que dañe o lesione “ese” bien; sin embargo, para poder crear un concepto claro, no se debe partir desde el tipo penal en cuestión, pues en razón de eso, se puede caer en la falacia de creer que todo lo que se protege es un bien jurídico, cuando en muchas ocasiones puede suceder que se den malas técnicas legislativas que protegen conceptos indeterminados, alejados de la realidad social.

Es importante denotar que el bien jurídico siempre tendrá relación con el ser humano, ya que él como sujeto es quien mantiene una relación estrecha de disponibilidad con el bien, y en este punto se da la necesidad de preservar y proteger esa relación.

El concepto del bien jurídico, siempre ha sido ampliamente discutido y por lo tanto, el mismo no es pacífico en la doctrina, pero lo que si resulta innegable es la importancia que éste tiene para orientar los procesos criminalizadores en la rama penal.

Son muchos y de muy variadas especies, los bienes susceptibles a ser calificados como jurídicos con relevancia para el Derecho, ya que puede tratarse de un concepto en abstracto (no material) como lo es, por ejemplo, el concepto

vida; como también puede tratarse de objetos materiales como, por ejemplo, **la propiedad**. Así, se debe tomar en consideración que no se trata de declarar como bien jurídico, a aquello existente únicamente en el plano de la realidad (objetos materiales), sino por el contrario, se trata de declarar con tal calidad, a aquello que pueda ser definido y determinado en el plano social, y que tenga por lo tanto, relevancia para el ser humano en el ámbito de sus relaciones sociales.

El ser humano de esta manera, destaca dentro de este concepto, pues se parte del presupuesto de que “los seres humanos somos el centro del quehacer social (...) podría decirse que los bienes jurídicos representan intereses relevantes de las personas en tanto sujetos sociales. La vida en sociedad requiere de la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos.”⁹³

Pero además de que exista una relación entre estas dos unidades: persona y bien; para que el segundo pueda ser declarado con relevancia para el Derecho; se debe dar necesariamente una relación entre la persona, el bien y el resto de la sociedad (incluido el Estado), y esa relación triangular, es lo que determinará la importancia de declarar la relevancia jurídica del bien. Pero lejos de

⁹³ ISSA EL-KHOURY, Henry. CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. (1993) Revista de Ciencias Penales. Bien jurídico y derecho de castigar del estado. Comentarios sugeridos por una sentencia de la sala constitucional. No. 7, Mes: julio; Volumen 5. Pág. 11. Costa Rica.

justificar tal relevancia, en argumentos relacionados con la moral o cualquier otro discurso *extra-jurídico*, se debe fundamentar en ocasión de la trascendencia de la consecución del orden social y la equilibrada convivencia humana.

Así, la idea de separar la importancia del bien jurídico de todo discurso moralista o religioso, tiene asidero en la doctrina penal cuando se afirma que: "...el concepto de bien jurídico de acuerdo con HASSEMER, es obra del pensamiento de la ilustración. Lo fundamentó y formuló PAUL JOHANN ANSELM FEUERBACH, como un arma contra la concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debía bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo de que lesiona interés materiales de otras personas, es decir de que lesiona bienes jurídicos."⁹⁴

Bien jurídico por tanto, no puede ser un concepto en indefinido – si bien puede ser un concepto en abstracto –, éste más bien se plantea desde el plano social, se refiere sobre todo, al concepto de **disponibilidad** que según ZAFFARONI⁹⁵ existe entre el bien jurídico y el sujeto. En entonces, el ser humano puede disponer del bien, sea éste un objeto material, o bien un concepto en abstracto, pero lo importante es que pueda conceptualizarse y definirse dentro del

⁹⁴ ISSA EL-KHOURY, Henry. CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. Op. Cit. Pág 11.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1987). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. EDIAR. Buenos Aires Argentina. Pág. 410.

plano social, lo cual permite resaltar la importancia de su protección, y además separarlo de cualquier discurso penalizador *extra-jurídico* (moral o religioso).

De esta manera, se pasará a afirmar que el bien jurídico tutelado, es un concepto (material o abstracto) que merece protección para el ser humano en razón de la disponibilidad que ese sujeto tiene sobre el bien frente a la sociedad, y por lo tanto, en pos de la protección de la armonía de esa relación, se despliega el poder del Estado mediante el *ius punendi*, para imponer un sanción a quien lesione esa relación armónica.

Se afirma que "...en torno a este problema viene a la vez tematizada la función -utilitaria y garantista- del Derecho penal como técnica de tutela de los ciudadanos contra la ofensa de derechos subjetivos e intereses fundamentales, sea individuales o colectivos. La idea del bien jurídico que se remite al principio de la ofensividad de los delitos como condición necesaria de la justificación, de las prohibiciones penales, se configura como límite axiológico externo (con referencia a bienes considerados políticamente primarios) o interno (con referencia a bienes estimados, constitucionalmente protegidos) del Derecho penal."⁹⁶

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit. Pág. 2.

Finalmente sobre la cuestión de ¿quién elige qué castigar?, desde una óptica constitucional, en Costa Rica la respuesta a esta interrogante encuentra fundamento en los artículos 1, 105 y 121 inc. 1) de la Constitución Política; siendo que nuestro país se rige por un Sistema democrático de Derecho, según el artículo 1 de la Carta Magna; somos una *“una República democrática, libre e independiente”*, y en donde el poder de dictar leyes le corresponde a la Asamblea Legislativa, aunque este poder realmente reside en el pueblo (artículo 105 Carta Constitucional) pero que ha sido delegado por él, a la Asamblea Legislativa a través del sufragio (artículo 121 *Ibíd*em), de manera que, es a este Poder de la República al que le corresponde *“Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas, y darles interpretación auténtica”*. Y así, en lo que respecta a la potestad de castigar, es posible decir que le corresponde al Pueblo, pero que éste la delega a la Asamblea Legislativa.

Sin embargo, es importante anotar que realmente el poder de castigar – imponer penas – más que una potestad, debe ser conocida como una función restringida del Estado, destinada única y exclusivamente, a imponer penas y sanciones sobre aquellas conductas que lesionan un bien jurídico de interés para el Derecho, pues la sanción penal, para ser legítima debe proteger bienes jurídicos

vinculados a “...las relaciones interindividuales y sociales (...) que incluye la protección de los intereses particulares de los sujetos con trascendencia social”⁹⁷.

Aunado a la necesaria existencia de un bien jurídico relevante, el principio de legalidad, se constituye en otra garantía para los individuos, frente a la potestad de imponer penas, pues el mismo determina el deber del Estado de actuar únicamente por mandato legal, y abstenerse de hacerlo en aquellas esferas en las que no existe regulación. Así por ejemplo, la imposición de penas desde una óptica constitucional, tiene un marco establecido que el Estado debe respetar. Este marco constitucional de acción lo encontramos en el artículo 39 de la Carta Magna que establece que:

“A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.”

Este artículo es importante pues recalca que el poder de castigar del Estado no es irrestricto, sino que más bien debe respetar un marco constitucional,

⁹⁷ ISSA EL-KHOURY, Henry. CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. Pág. 11.

el cual lo que trata es de proteger los derechos y garantías de los ciudadanos de la Nación, y así, para poder disponer una pena respecto de la conducta de los individuos, debe necesariamente haber existido una ley previa dictada por la Asamblea que tipifique esa conducta y le establezca una sanción.

En conclusión, a las ideas expuestas anteriormente, se puede señalar que la política criminal es el instrumento mediante el cual el Estado busca proteger bienes jurídicos con relevancia para la preservación de las relaciones sociales, mediante la imposición de penas en aquellas conductas que resultan ser verdaderamente lesivas de esos bienes jurídicos; pero además mediante el fortalecimiento de instituciones estatales relacionadas con la aplicación de la ley penal, (tales como los Tribunales de Justicia, el sistema penitenciario) y de instituciones relacionadas con la prevención, más que con la penalización, (tales como el sistema educativo, de salud y seguridad social), de manera que se trata de vincular la política criminal con las demás políticas del Estado –económica, social, educativa, etc. – todas las cuales tienen como finalidad máxima, que es alcanzar el mejor nivel de desarrollo y armonía social.

Así pues, es apropiado concluir este capítulo afirmando que el bien jurídico dentro del Estado social de Derecho, es un límite y una garantía para los ciudadanos frente al poder del Estado.

Título II.

La intermediación financiera no autorizada como parte del delito financiero moderno y su diferencia con las demás formas de criminalidad.

Ahora que se ha hablado sobre la política criminal, su concepto, así como su verdadero fin y su función dentro de las demás políticas del Estado, es que se puede enfocarnos a considerar la función de la política criminal, en relación con los delitos financieros, así como entender cuál es la diferencia que existe entre la penalización de acciones que afectan la economía, (y más específicamente, al sistema financiero) en relación con la penalización de otras acciones que afectan bienes jurídicos diferentes, como por ejemplo, la vida e integridad física, la determinación sexual, el ambiente, etc.

Lo que se hará a continuación es estudiar el concepto de criminalidad financiera, y su posición dentro del Derecho penal, permitiendo así hablar de un Derecho penal más especializado, el Derecho penal financiero, el cual se enfoca en penalizar conductas que lesionan bienes jurídicos protegidos, atinentes al sistema financiero, y así pues, el elemento que permitirá diferenciar la criminalidad financiera de los otros tipos de criminalidad, está determinado en primer lugar por el bien jurídico que se pretende proteger con estos tipos penales, así como la consecuencia patrimonial del daño, que específicamente tiene que ver con la lesión causada al patrimonio de un **posible** elevado número de individuos, como

consecuencia de una misma acción, y por último, se estudiará como parte de esa diferenciación; ciertas características particulares que **ocasionalmente** distinguen al sujeto activo del delito financiero.

A continuación se pasarán a analizar en primer lugar el concepto de Derecho penal financiero, y la razón de su especialidad con respecto a las otras ramas del Derecho penal, seguida del concepto de criminalidad financiera, y sus diferencias con las demás formas de criminalidad.

A. Concepto de delito financiero y su posición dentro del estudio del Derecho penal:

A.1. Derecho penal y Derecho penal financiero:

Se adelantó páginas atrás que el Derecho penal se relaciona con la potestad que tiene el Estado para imponer penas sobre ciertas conductas que lesionan bienes jurídicos con relevancia para el Derecho, sin embargo, no es posible decir que el concepto de Derecho penal se agote en este enunciado, pues todo lo contrario, es mucho más amplio que eso, ya que el concepto de Derecho penal no solo se basa en la ley penal, sino también, en todo aquel conocimiento o

“...saber jurídico o de los juristas que busca orientar las decisiones judiciales”⁹⁸ respecto de la aplicación de la ley penal, por lo cual se puede decir que el Derecho penal tiene íntima relación con otras ramas del Derecho, como por ejemplo, el Derecho constitucional o el Derecho internacional, pues se debe nutrir de muchos conocimientos de estas ramas del saber jurídico, para poder dar una mejor orientación con respecto de la aplicación a la ley penal.

Asimismo, siguiendo el pensamiento de ZAFFARONI⁹⁹, es importante considerar que el Derecho penal, además de orientar las decisiones judiciales con respecto a la aplicación de la ley penal; instruye las decisiones legislativas y ejecutivas; es decir, se relacionan con la creación, interpretación y aplicación de la ley penal. En otras palabras, el Derecho penal está relacionado importantemente a los tres poderes del Estado en cuanto que refiere e incide en la orientación del proceso llevado a cabo por las *agencias políticas* (Poder Legislativo), y ejecutado o puesto en práctica, por las *agencias ejecutivas* (Poder Ejecutivo), además de instruir las decisiones del juez en la aplicación de la Ley Penal (Poder Judicial).

Y así, mientras que la ley penal y el poder punitivo tienen una relación directa, en cuanto a que la primera es el proceso legitimador del segundo; el

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 4.

⁹⁹ *Ibidem*.

Derecho penal trata de dar una orientación jurídica – de crear y desarrollar un sistema de conocimiento – que pueda ayudar a aplicar la ley penal, tratando de contener la violencia que implica el poder punitivo, y por tanto, no podemos decir que el Derecho penal se agote en el concepto de poder punitivo, sino que únicamente es una parte del estudio de éste.

Sobre estas ideas vamos a definir al Derecho penal, como la rama de saber jurídico que estudia la ley penal con la finalidad de dar una orientación para su interpretación y aplicación a las agencias judiciales, de manera que el poder punitivo – es decir, la aplicación de una pena – sea impuesto de la manera más garantista posible, dentro del marco del Estado social de Derecho. Este concepto se puede delimitar desde la perspectiva del objetivo de su estudio, es decir, desde la ley penal; y en donde de acuerdo con los bienes jurídicos que se tratan de proteger, es que es posible hablar de *derechos penales específicos*, por ejemplo, de Derecho penal ambiental, Derecho penal tributario, Derecho penal financiero, etc.

Es de interés para esta investigación, delimitar el Derecho penal desde la perspectiva de los delitos financieros, por tanto, se debe partir del objeto de regulación del mismo; y esto permitirá llegar al concepto específico de delitos financieros, y así finalmente, lograr ubicar dentro de este estudio, al delito de intermediación financiera no autorizada.

De acuerdo con el autor HERNÁNDEZ QUINTERO, el Derecho penal financiero, es “el conjunto de normas jurídicas que sancionan los comportamientos que lesionan o ponen en peligro la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones que tienen por objeto la captación, el manejo, el aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro del público, así como el ofrecimiento de servicios conexos de crédito”¹⁰⁰, es decir, es aquel Derecho que sanciona las conductas lesivas al sistema financiero.

De manera que los delitos financieros están referidos a un sector específico de la economía, lo que implica a su vez, que el Derecho penal financiero se constituye en un concepto mucho más específico que el del mismo Derecho penal económico, pues mientras que para la doctrina, éste último es definido dentro de un “área *sui generis*, (...) el Derecho penal económico se concibe de manera tan amplia, que comprende como muchas materias del Derecho comercial”¹⁰¹; en tanto el objeto de delimitación del Derecho penal financiero, tiene relación específica con las actividades que en particular se

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. (1998). Los delitos económicos en la actividad financiera. Santa Fé de Bogotá. Colombia. 2da Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Pág. 259.

¹⁰¹ TIEDEMAN, Klaus. (1985). Poder Económico y delito. (Introducción al Derecho penal económico y de empresa.) Editorial Ariel S.A. Barcelona. España. Pág. 9.

desarrollan en el mercado financiero, es decir, con **el proceso de intermediación financiera**.

Por lo tanto, el Derecho penal económico es el género, mientras que el Derecho Penal financiero es la especie (una de las tantas). Es decir, que el primero es más amplio, pues si bien abarca al segundo, también incluye a aquellas actividades delictivas cometidas en otros sectores de la economía, diferentes a las del mercado financiero, como por ejemplo, los delitos de bolsa, los delitos de empresa, los delitos tributarios, los delitos aduaneros, etc. Estos últimos, son igualmente de carácter económico, y si se quisiera ser más específico al respecto, también se podría hablar de Derecho penal tributario, Derecho penal bursátil, Derecho penal aduanero, como ramas específicas conformadoras del Derecho penal económico.

En conclusión, definiendo al Derecho penal financiero se dice que éste es una parte conformadora y mucho más específica del Derecho penal económico, y su especialidad consiste, por lo tanto, en la orientación del proceso de creación de la ley penal y así como la aplicación de la misma, sobre las actividades que se desarrollan en el sistema financiero, tales como la creación, el intercambio, la transferencia, y la destrucción de activos y pasivos financieros.

Todo este sistema complejo de intermediación financiera, encuentra protección jurídica tanto en el ámbito administrativo (el encargado de dicho control viene a ser en nuestro país la SUGEF), como en el ámbito penal, mediante la tipificación y penalización de actividades que lesionen o ponen en peligro la formación, el funcionamiento, el desarrollo, y la liquidación ordenada de esas instituciones que realizan intermediación financiera. Y así, este conjunto de normas jurídicas que penalizan y orientan a las agencias judiciales para la aplicación de la ley penal financiera, con respecto a la imposición de la pena, es lo que se conoce como Derecho penal financiero.

A.2. Concepto de delito financiero según la teoría general del delito:

Continuando con las ideas esbozadas anteriormente, el Derecho penal financiero tiene relación con la penalización de las conductas que lesionan las actividades realizadas dentro del sistema financiero. Entonces, los delitos financieros son aquellas conductas humanas **típicas**, dentro de la ley penal financiera, **antijurídicas**, que lesionan un bien jurídico protegido relacionado a la actividad financiera, y **culpables** para su autor. De esta manera, se define al delito

financiero con estricto apego a los elementos y estructura de la teoría general del delito que hacen los penalistas modernos¹⁰².

A continuación se verán estos elementos desde la perspectiva del delito financiero:

1. Se dice una conducta típica:

Es decir que se encuentran adecuadas a la descripción que hace el legislador de esa conducta en ley penal financiera, pues como se ha dicho, el objeto de los delitos financieros son las actividades o conductas realizadas dentro del sistema financiero, pero solo podrán ser delitos aquellas que han sido seleccionadas mediante la política criminal del Estado y tipificadas como tales por el ente legitimado para ello (Asamblea Legislativa).

Es importante acotar a todo esto, que la ley penal puede encontrarse tanto dentro del ordenamiento penal tradicional (Código Penal) como en leyes especiales (Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica), técnica legislativa que por cierto, no cuenta con el aval de la mayoría de los penalistas pues la desconcentración de la ley penal a la legislación especial puede causar la

¹⁰² Haremos referencia a los estudios de la teoría del delito de los profesores Raúl E. ZAFFARONI (Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. EDIAR. Buenos Aires Argentina. 1987) y Francisco MUÑOZ CONDE (Teoría General del Delito. 2da Edición. Tirant Lo Blanch. España. 1991).

problemática de la inseguridad jurídica, y muchas veces contradicciones entre las mismas leyes.

2. Se dice además de esta conducta que debe ser **antijurídica**:

En cuanto que esa descripción corresponde a un juicio de desvalor que indica que ese comportamiento es opuesto al ordenamiento jurídico, y que lesiona por tanto un bien protegido (relacionado con el sistema financiero) sin contar con una justificación legal para ello, es decir, una causa de justificación (artículos 25, 26, 27 y 28 del Código Penal Costarricense).

En los delitos financieros se debe analizar respecto a las causas de justificación, que por las cualidades propias de estas acciones, es difícil encontrar una conducta que estando adecuada al tipo, cuente con una causa de justificación tal como la *legítima defensa* o el *estado de necesidad*, pues son acciones que conllevan una conducta compleja, con una etapa de ideación ardua, y que para su realización requieren en sí mismas, de la utilización de recursos y técnicas especializadas; por lo tanto, lo común en estos delitos es que no se trata de acciones espontáneas, sino más bien, arduamente ideadas por su autor.

Igual observación se puede hacer del *estado de necesidad* frente a estos delitos, pues se debe necesariamente encontrar para existir tal causal, la

existencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos, en donde el primero se ha de salvar de un inminente peligro, con lo cual se tiene que lesionar o poner en peligro al segundo. Sin embargo, la superposición de una causal eximente de antijuridicidad a la conducta, es propiamente un análisis que se debe realizar en cada caso en específico.

En conclusión, es posible decir que la antijuridicidad implica la realización de una lesión al ordenamiento jurídico, siendo esto conocido como antijuridicidad material; sin contar con una justificación legítima.

3. Que además deben ser reprochables a un sujeto: **culpabilidad** de su autor.

Es decir, que se trata de un reproche que se le hace al sujeto, autor de la acción, y se debe a que él mismo, teniendo conocimiento de la antijuridicidad o de la lesión que estaba provocando dentro del ordenamiento jurídico, y sobre todo pudiendo actuar de una manera diferente y conforme a Derecho; no lo hizo.

Sobre esto es importante analizar (aunque son ideas que se desarrollarán con más detalle en el siguiente capítulo), que este reproche en el marco de los delitos financieros, implica que necesariamente el autor ha de tener conocimiento de que está causando una lesión a un bien jurídicamente protegido

dentro del mercado financiero, y que dentro de sus condiciones subjetivas, tal conocimiento era ineludible, pues como se ha dicho líneas atrás, éstos son delitos altamente elaborados en donde su autor puede tener conocimientos específicos para cometer la acción, de manera que dentro del análisis de culpabilidad también pesa la preparación académica y técnica que necesariamente debe tener su autor y que como tal, implica que igualmente tenía la posibilidad de elegir actuar de una manera diferente (legal y conforme a Derecho) y no lo hizo.

En conclusión, se ve en este breve análisis que el delito financiero apegado al principio de legalidad, que el mismo debe tener la misma estructura de todo delito, es decir, ser una conducta típica, antijurídica y culpable, pero que se especializa con respecto de los demás delitos, en razón de ciertas características que se consideran **comunes** (más no indispensables) y que tienen relación con el objeto que se protege, así como las características del sujeto activo; las cuales facilitan el estudio de estos delitos; además de que nos permitirán marcar una diferenciación posible, en relación con las demás formas de criminalidad.

B. La inclusión del delito de intermediación financiera no autorizada dentro de los delitos financieros modernos; y su diferenciación con las demás formas de criminalidad.

Como se viene apuntado, la criminalidad financiera al igual que los demás tipos de criminalidad, debe ser una conducta humana que tiene necesariamente que cumplir con los elementos básicos y la estructura del concepto de delito, es decir ser una: 1. Acción, 2. Típica, 3. Antijurídica y, 4. Culpable.

Este es un concepto general en relación con las características comunes de todo delito, y por lo tanto, el solo decir que es un delito financiero aquella conducta típica antijurídica y culpable sancionada con pena de prisión, es dar un concepto muy limitado, pues únicamente se estaría definiendo lo que es un delito; de manera que, para poder determinar un concepto más acertado de delito financiero, se debe no solo aludir a sus características comunes como delito, sino y sobre todo a sus características particulares, las cuales permitirán además de lograr una definición mejor elaborada; lograr marcar la diferencia de estos delitos, con respecto a las demás formas de criminalidad.

Así pues, se mencionarán como diferenciadores de este tipo de criminalidad los siguientes tres elementos:

- Bien jurídico tutelado en los delitos financieros.
- Consecuencia patrimonial del daño, y
- Características del sujeto activo.

A continuación se analizarán estos tres conceptos de manera más detallada:

B.1. Bien jurídico tutelado en los delitos financieros:

Se ha hablado ya sobre el concepto del bien jurídico tutelado, y se dijo páginas atrás que el mismo es el límite de la política criminal, y su principal función es legitimar el poder punitivo que se despliega por el Estado sobre los ciudadanos mediante la política criminal.

Por lo tanto, para que sea legítimo la aplicación de una pena debe necesariamente y en atención al principio de legalidad, existir un bien jurídico tutelado de por medio; se acudió a la definición del profesor ZAFFARONI que lo precisa como: “la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”¹⁰³, de manera que para proteger esa relación, se

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 410.

despliega una sanción penal a todo aquél que lesione o ponga en peligro la existencia armónica de la misma.

Un indicio de un bien jurídico tutelado se puede desprender de la existencia de una ley penal con una respectiva sanción sobre una conducta, aunque no hay que caer en la falacia de creer que todo lo que se protege mediante una ley penal es un bien jurídico, pues como se ha visto anteriormente, muchas veces las leyes pueden estar precedidas por malas técnicas legislativas que protegen bienes por sobre los que no pesa una verdadera relación de disponibilidad entre el sujeto y un bien, de manera que, dentro de la sociedad no poseen tal relevancia que amerite su protección. Lo que surge de este tipo de calificaciones erróneas, es que se despliega la protección penal sobre bienes que no tienen una relevancia social considerable, sino que deriva más bien, de la protección de intereses particulares.

Sin embargo, la presencia de una sanción, puede ser el primer paso para determinar la existencia de un bien jurídico tutelado. El segundo paso consiste, en un análisis de los elementos del tipo penal que permita determinar la existencia de los sujetos, de la acción prohibida y del objeto material, además de que siempre habrá de existir una relación de disponibilidad entre el sujeto y el bien jurídico.

El texto del tipo penal es pues, el punto de partida para el análisis del bien jurídico y para determinar también la existencia de la legitimidad de la sanción, así "...las palabras que componen el texto típico son la consecuencia de una manera de presentar la prohibición y por ello el objeto de la prohibición. De esta forma, el tipo penal es la ocasión o el lugar para observar la finalidad de la prohibición.

Conociendo la construcción del texto y el valor de sus palabras, se puede saber qué es lo prohibido o lo mandado (norma o precepto) que se encuentran detrás de las palabras que componen la descripción de la conducta sometida a sanción penal."¹⁰⁴

Siendo que se está frente a una sociedad compleja con individuos que igualmente despliegan relaciones complejas entre sí, es posible encontrarse con que existe un amplio acervo de relaciones entre sujetos y objetos, cuya protección es importante para conservar la armonía social. Así pues, puede existir relaciones del hombre que tienen que ver con su salud, integridad física, sexual, psicológica; relaciones del hombre con el Estado, con la economía, con el medio ambiente etc., y por tanto, pueden haber muchos objetos merecedores de una protección penal, sin embargo, corresponderá al legislador determinar cuáles

¹⁰⁴ ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág. 69.

objetos son merecedores de tal protección; y para ello deberá atenerse al *principio de mínima intervención del Derecho penal*, pues se sostiene y es ampliamente reconocido que éste es la *ultima ratio* del Derecho.

De manera que, "...la opción de un Derecho penal mínimo proviene del conocimiento de varios aspectos: primero, que las acciones penales comprometen los derechos fundamentales de los habitantes, razón por la cual éste debe ser puesto en movimiento solamente cuando se violan bienes jurídicos de incalculable valor social y no de importante valor de solo uno o varios grupos sociales"¹⁰⁵.

Dada la variedad de bienes jurídicos merecedores de protección, es posible extraer una clasificación de los delitos por ramas, de manera que cuando se analizan la protección a la determinación e integridad sexual del ser humano, y nos encontramos con sanciones sobre conductas que lesionen estos bienes, es que se habla de delitos sexuales (violación, abusos deshonestos, corrupción de menores, proxenetismo, etc.) Igualmente cuando se menciona la protección a la vida e integridad física es que se habla de delitos contra la vida (homicidio, lesiones, etc.).

¹⁰⁵ ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág. 63.

Es de nuestro interés determinar cuáles son los bienes jurídicos que se han considerado como base para los delitos financieros, –incluyendo el delito de intermediación financiera no autorizada –, y se ha adelantado que las conductas sancionadas por los denominados delitos financieros, deben lesionar un objeto del mercado financiero.

Por tal razón, al hablar de los delitos financieros en Costa Rica, se debe hacer un análisis de la normativa que regula el mercado financiero, ésta como hemos apuntado en el Capítulo I del presente trabajo, está compuesta por diversas leyes, pero quizá la de mayor importancia es la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica Ley 7558, la cual en los artículos 157, 158 y 159, incluye los tipos penales que sancionan conductas lesivas relacionadas al sistema financiero.

Estas conductas, relacionadas todas con la intermediación financiera, las resumimos de la siguiente manera:

a. Artículo 157:

- Realizar intermediación financiera sin estar autorizado para ello.
- Permitir o autorizar que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.

b. Artículo 158:

- Registrar, alterar, permitir o consentir la alteración de registros, para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas o para afectar la composición de activos, pasivos, contingentes o resultados.
- Proporcionar a la Superintendencia General o a los órganos supervisores auxiliares, datos o informes falsos o inexactos con el propósito de ocultar la verdadera situación financiera o los riesgos de la entidad, de evadir los encajes u ocultar la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera.

c. Artículo 159:

- Este tipo penal tiene un sujeto activo determinado (directores, administradores, gerentes o apoderados de una entidad sujeta a la fiscalización de la SUGEF), que incurrieren en las conductas a que se refiere el artículo 241 del Código Penal (autorización de actos indebidos¹⁰⁶).

¹⁰⁶ **Código Penal de Costa Rica, Ley No. 4573 La Asamblea Legislativa De La República De Costa Rica. Artículo 241.**- El director, administrador, gerente o apoderado de una sociedad comercial o cooperativa que, a sabiendas, preste su concurso o consentimiento a actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio para su representada o para

Estos delitos “...responden a una preocupación por parte de nuestro legislador acerca de la transparencia y confiabilidad de la información que incide en la estabilidad del sistema financiero como un todo de ahí que la penalización de la conducta dependa en mucho de aspectos de naturaleza administrativa”¹⁰⁷

Ahora bien, adelantaré el criterio sobre el bien jurídico que se consideró presente en los delitos financieros, anteriormente mencionados. Dada las circunstancias político-sociales que impulsaron la creación de estos tipos penales en 1995, se contempló que la estabilidad del sistema financiero, era una de las mayores razones para penalizar conductas que lesionan o ponen en peligro la misma.

Considero que “*la estabilidad del sistema financiero*”, es un motivo suficiente para que el Estado a través de su política económica, aplique todo un régimen de control sobre este sector de la economía, pues ha reparado en que las actividades realizadas en el sector financiero, son de suma importancia para el desarrollo de la nación misma, tal como lo ha venido haciendo históricamente, mediante un régimen de control administrativo.

el público, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años. La pena podrá ser aumentada hasta el doble, cuando se trate de un sujeto que realiza oferta pública de valores.

¹⁰⁷ ISSA EL KHOURY. Henry. Op. Cit. Pág. 94.

Sin embargo, luego de la reforma de 1995, se determinó la existencia de determinadas acciones que lesionaban o ponían en peligro al sistema financiero, dado lo cual, se decidió penalizarlas. Por lo tanto, la estabilidad del sistema (u orden económico) es un bien jurídico presente en todos los tipos penales financieros que he mencionado, pero considero que además, cada uno de estos tipos penales protegen cada uno un bien jurídico diferente a la estabilidad del sistema financiero. De manera que en los mismos, coexiste la protección sobre más de un bien jurídico, esto por la complejidad de las actividades desarrolladas en el mercado financiero. Así, los delitos financieros contemplados en la LOBCCR son pluriofensivos, es decir, que protegen más de un bien jurídico.

La razón máxima por la que el Estado despliega su control sobre el mercado financiero es para proteger varios bienes, la estabilidad del sistema financiero; los recursos de los ahorradores; y la confianza del público general (superavitario y deficitario) en el sistema. Hay que considerar que los segundos bienes mencionados tienen relación directa con el primero (la estabilidad del sistema), pues la protección del ahorro, así como la confianza que el público mantenga; solo se puede lograr dentro de un sistema financiero que opere bajo sanas prácticas de operación, especialmente por parte de los intermediarios, quienes son los que se encargan de la captación y canalización de los recursos.

Sobre las acciones que se han considerado por parte del legislador, como perjudiciales para estos bienes, es que se ha desplegado la sanción penal para así protegerlos. Estas acciones están descritas en los tipos penales señalados de la LOBCCR, y por la naturaleza de los bienes jurídicos que protegen es posible clasificarlos como *delitos financieros* dentro de nuestro Derecho penal. Así, recapitulando, tales bienes son los siguientes:

- a) La estabilidad del sistema financiero.
- b) El ahorro del público.
- c) La confianza del público en el sistema financiero.

Por lo tanto, los tipos penales considerables como delitos financieros deben de lesionar o poner en peligro uno o varios de estos bienes, y de esta manera, el delito de intermediación financiera no autorizada, puede ser considerado válidamente como parte del acervo de lo que se conoce como delitos financieros en Costa Rica.

B.2. La Consecuencia patrimonial del daño:

Otra de las características que nos permiten diferenciar a los delitos financieros con respecto a las demás formas de criminalidad es la consecuencia

patrimonial del daño. Éste es, según ISSA EL KHOURY, uno de los aspectos que permiten plantear un concepto claro del delito económico y del Derecho penal económico.

De acuerdo con el autor citado, la relación de la consecuencia patrimonial del daño de los delitos económicos tiene que ver con “aquellas conductas delictuosas que causan perjuicios económicos o patrimoniales de una magnitud que tiene gran importancia socialmente observada.”¹⁰⁸ Por su parte RIVERA señala, que la característica fundamental de estos delitos (los económicos) “...es una lesión usualmente de gran volumen, al orden económico así como formas de comisión que no calzan dentro de la forma de operar de la delincuencia común.”¹⁰⁹

Es decir, que este rasgo se considera **comúnmente** presente en gran parte de los delitos económicos. Ahora bien, cabe preguntarse, ¿está este rasgo diferenciador también presente en los delitos financieros? Para tal interrogante se debe considerar, que los delitos financieros son una especie de los delitos económicos, estos últimos abarcan un ámbito mayor, pues incluyen a las

¹⁰⁸ ISSA EL KHOURY. Henry. Op. Cit. Pág. 37.

¹⁰⁹ RIVERA, Lilliana. (2000). Delitos Económicos. Trabajo presentado para la maestría en Derecho penal, Universidad de Costa Rica. Material sin publicar. Citada por ISSA EL KHOURY, Henry. *Ibíd.*

actividades ilícitas de toda la economía de un país (que pueden ser de muy variada especie). Se considera que los delitos financieros son sola una especie de los delitos económicos, en cuanto que refieren a una parte más específica de la economía, es decir, a las acciones ilícitas relacionadas con el proceso de captación y préstamo de recursos financieros.

Y así, analizando las características propias de la intermediación financiera, es **común** (más no indispensable) que esta actividad implique la captación de un grupo amplio de personas (ahorradores), tal cantidad de recursos captados de un público amplio, es lo que mantiene la sostenibilidad del negocio de intermediación, por tanto **las consecuencias patrimoniales de grandes magnitudes** son un rasgo que los delitos financieros **pueden** compartir con respecto a otros delitos económicos, y por tal, ésta puede ser una característica diferenciadora en relación con las demás formas de criminalidad. Sin embargo, esto no implica que sea una característica que siempre estará presente en todos los delitos financieros, como por ejemplo, la captación ilegal de recursos del público, la cual se puede dar con un grupo reducido de ahorradores, e igualmente seguiría siendo una acción ilegal (por no contar con la debida autorización).

Sin embargo, la posibilidad de que tales acciones, afecten a un grupo amplio de ahorradores, está siempre presente en los delitos financieros, especialmente en el delito de intermediación financiera no autorizada. Y cuando

esta característica está presente, además de la coincidencia de un concurso con otros delitos, como por ejemplo la estafa, o la administración fraudulenta; en tales casos, las consecuencias pueden ser realmente perjudiciales, para otros sectores del mercado financiero.

Así por ejemplo, no solo se verán perjudicados los ahorradores, quienes son los que sufren las consecuencias directas (como la pérdida de recursos o puesta en peligro de los mismos), sino también el sector deficitario del mercado financiero, encontrará con menos opciones para adquirir la financiación de recursos para sus propias actividades de producción. Por otro lado, los demás intermediarios también se pueden ver perjudicados, dependiendo de la magnitud con que las acciones ilícitas relacionadas con la intermediación financiera, afecten la estabilidad del sistema, por ejemplo, las fugas masivas de recursos, o bien tratándose de una institución estatal, cuando los demás bancos deben respaldar las pérdidas sufridas (tal fue el caso del Banco Anglo).

Esta característica, que se viene mencionando, si bien **no siempre** se encontrará presente dentro de la acción; la posibilidad de su concurrencia –dadas las características comunes de la intermediación financiera – es lo que hace necesario mantener un estricto control sobre esta actividad, y fue además uno de los motivos que propulsaron la reforma en 1995 sobre la fiscalización de la intermediación financiera. Pero se debe aclarar, no es una característica necesaria

para que se considere configurado el delito de intermediación financiera, pues esto no se extrae del análisis del tipo, como se verá más adelante cuando pasemos a estudiar el artículo 157 de la LOBCCR.

B.3. Características del sujeto activo:

Es en este punto, se dice que los delitos financieros y en especial el delito de práctica de la intermediación financiera sin contar con la debida autorización (artículo 157 incisos a) y b) de la LOBCCR); se diferencian de las demás formas de criminalidad cuando se analiza al sujeto activo del tipo, pues estos delitos, que forman parte del amplio campo de delitos económicos, **presentan ciertas y posibles** características de su autor, tal es la preparación técnica o académica y la posesión de determinados recursos materiales para realizar la acción, como por ejemplo, la infraestructura y el personal; y por tal, los delitos financieros en amplios rasgos son conocidos como parte de la *criminalidad de cuello blanco*.

El concepto de *criminalidad de cuello blanco* fue desarrollado por Edwin H. SUTHERLAND, "...quien definió el delito económico realizado por el 'delincuente de cuello blanco' como el delito cometido por una persona respetable

y de elevado *status* social, en el marco de su profesión.¹¹⁰ Marshall CLINARD comparte la definición basada en el sujeto activo del hecho, en tanto considera "delito de cuello blanco" como una violación a la ley por parte de hombres de negocios, productores libres, funcionarios y empleados de firmas comerciales. ¹¹¹

Los delitos financieros, pueden incluirse **con probabilidad** dentro de los llamados delitos de cuello blanco que han sido definidos por SUTHERLAND, en el sentido de que en muchas ocasiones puede tratarse de hombres de negocios, que violan la ley. Sin embargo, aunque la actividad de intermediación financiera, comúnmente es realizada por profesionales, pues la misma, para una exitosa puesta en práctica requiere un cierto nivel de profesionalización, y un mínimo de conocimientos necesarios para encausar el negocio; esta característica, si bien es cierto, es **común**, al igual que las consecuencias patrimoniales del daño que se hablaron anteriormente, no deben estar indispensablemente presentes, para considerar como configurado un delito de naturaleza financiera.

De manera que en los delitos financieros de nuestra legislación, aunque no es una regla general, el ciudadano común para encausar exitosamente estas acciones, necesita recursos propios, así como un cierto nivel de conocimientos y

¹¹⁰ SUTHERLAND. Edwin H. White Collar Crime, Pág. 9. Citado por TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit. Pág. 10.

¹¹¹ CLINARD. Marshall. Corporate Crime. Pág. 18. Citado por TIEDEMANN, Klaus. *Ibidem*.

profesionalización, ésta es una condición distinta a la del sujeto activo de otros tipos penales (como el homicidio o los abusos sexuales, por ejemplo); es decir, que la actividad de intermediación financiera, implica en sí misma, una complejidad tal, que hace que no sea cualquier sujeto el que pueda cometer la acción, sino aquél que cuente con los recursos económicos necesarios para iniciar el negocio de captación, oferta del servicio (que no es un requisito de la actividad, aunque si un recurso importante en su práctica lógica), y en muchos casos una infraestructura mínima y personal necesario para operar la estructura del servicio; así como conocimientos técnicos mínimos en contabilidad, para efectuar los balances, el control, y los registros de las transacciones realizadas; pues recuérdese que la actividad para ser considerada intermediación financiera debe realizarse de manera habitual.

En otras palabras, se consideró la existencia de una profesionalización caracterizadora del sujeto activo en los delitos financieros. El autor costarricense ISSA EL KHOURY, menciona que si bien la clasificación en razón del sujeto involucrado, relacionada con el concepto de *delincuente de cuello blanco*, "...es un criterio que históricamente ha sido útil, pues permite romper esquemas positivistas altamente limitados en la consideración de la delincuencia, de ser utilizado como criterio único, cerraría en demasía la consideración de lo que es un delito económico (...). Por esta razón los delitos de cuello blanco no pueden conceptuarse en la actualidad por el sujeto activo, dada la enorme pluralidad de

sujetos de distintas condiciones económicas y categorías sociales, que pueden ser autores o partícipes de estos hechos”¹¹²

Sin embargo, las consideraciones sobre la delincuencia de cuello blanco, más que por la condición social y económica del individuo, es decir, que refieren a un estatus económico elevado dentro de la sociedad, actualmente deben verse por las condiciones de profesionalización para realizar la actividad delictiva, y en el caso de la intermediación financiera no autorizada; esta profesionalización, dada la complejidad de la actividad, se hace más necesaria.

Tal como lo menciona TIEDEMANN; una de las características más importantes al hablar de delincuencia financiera tiene que ver con la profesionalización del sujeto activo; pues “...de manera creciente, en la nueva literatura angloamericana sobre esos temas se emplea el término "hecho penal profesional" (*occupational crime*). Con esta referencia al papel profesional y a la actividad económica, la caracterización del delito económico se fundamenta ahora menos en la respetabilidad de autor y su pertenencia a la capa social más alta”¹¹³

¹¹² ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág. 38.

¹¹³ TIEDEMANN, Klaus. Op. Cit. Pág. 11.

– como lo afirmaba inicialmente SUTHERLAND – “y más en la peculiaridad del acto (*modus operandi*) y el objetivo de su comportamiento.”¹¹⁴

Lo que quiere decir que desde las primeras publicaciones de SUTHERLAND realizadas en 1949, hasta los estudios recientes del delito económico; las consideraciones han pasado de ver al delincuente económico (incluyendo al financiero) como un individuo de *estatus* respetable y posición social alta –que es un concepto más limitado para los sujetos activos de estos delitos – hacia una noción más amplia, que tiene que ver con un concepto de profesionalización, y apropiación de las capacidades y técnicas necesarias para cometer el hecho delictivo.

Sin embargo, se debe aclarar, tal característica, **no es indispensable** para tener como configurado cualquiera de los delitos financieros que se han venido mencionando (artículos 157, 158 y 159 de la LOBCCR), pero sí es importante mencionarla para su estudio, pues con probabilidad puede presentarse en su comisión, y por lo tanto, puede ser útil cuando se estudian los delitos financieros, para poder entablar una posible diferencia con respecto a las demás formas de criminalidad.

¹¹⁴ *Ibíd.*

CAPÍTULO III
LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE INTERMEDIACIÓN
FINANCIERA NO AUTORIZADA EN LA LEGISLACIÓN PENAL
COSTARRICENSE.

A continuación, se pasará a analizar la configuración del delito de intermediación financiera no autorizada, lo cual implica hacer un estudio ordenado de los elementos constitutivos del tipo penal. Este análisis, en su afán de ser completo, hará uso de la teoría general del delito, desarrollada por penalistas modernos, como principal instrumento orientador en el análisis y ordenamiento de los elementos del tipo, además será necesario hacer uso de los conceptos desarrollados en los capítulos anteriores, tales como “intermediación financiera”, “mercado financiero”, “sujetos que participan en el proceso de intermediación financiera”, etc.

Es de esta manera, que la Sección A de este capítulo, estará dedicada a estudiar los elementos que conforman la *tipicidad* del delito, la cual se desglosará a su vez en dos títulos, el primero de ellos estudiará la parte objetiva del tipo penal, se refiere pues a los elementos objetivos del tipo, tales como los sujetos; el resultado material, elementos normativos, (conceptos que fueron adelantados capítulos atrás), y los elementos de referencia. El segundo título por otro lado, se referirá a la parte subjetiva del tipo penal, es decir, la definición del dolo dentro de este delito (el querer la realización de la conducta); además de la exclusión de la culpa en este delito.

Continuando con el análisis desarrollado; la Sección B estará dedicada al estudio de la antijuridicidad en el delito de intermediación financiera no autorizada, lo cual se logrará acudiendo a la dilucidación del bien jurídico tutelado en el tipo penal, así como la correlación entre el daño material y este bien jurídico; es decir, la afectación que el segundo causa sobre el primero, y la repercusión que esto trae para todo el ordenamiento jurídico. Estos conceptos, también han sido adelantados, páginas atrás cuando se estudió la diferencia de los delitos financieros con respecto a las demás formas de criminalidad, en razón del bien jurídico y la consecuencia patrimonial del daño.

Finalmente, como tercera parte de este capítulo, en la Sección C, se incluirá un estudio sobre la culpabilidad del sujeto activo en el delito de intermediación financiera no autorizada; es decir sobre la reprochabilidad que se le hace al sujeto, en razón del conocimiento que tiene de la antijuridicidad de su conducta. Se analizará además, la responsabilidad de los representantes legales de las empresas y sociedades; puesto que esta es una actividad que comúnmente realizan personas jurídicas, constituidas en bancos; y financieras mediante sociedades anónimas.

De esta manera, y con este estudio estructurado, se pretende plantear una mejor conceptualización sobre la configuración del delito de intermediación financiera no autorizada, de acuerdo con la legislación penal costarricense.

Especialmente en razón de que este delito ha sido concebido dentro de un escenario de la economía que sugiere profesionalización y aplicación de conocimientos específicos; de manera que la protección penal que se despliega sobre estos bienes jurídicos especializados, merece para su mejor ejecución, el conocimiento de conceptos relacionados, sobre todo con la economía y la actividad financiera.

Nuestra intención, por lo tanto, es facilitar estas herramientas (conocimientos) que están tan íntimamente ligados al tipo penal de la intermediación financiera, y armonizarlos con los conceptos jurídico-penales de la teoría del delito, para lograr una mejor comprensión de este tipo penal.

SECCIÓN A

La tipicidad del delito de intermediación financiera no autorizada en la normativa penal costarricense.

Al estudiar la tipicidad del delito de intermediación financiera no autorizada, se hará según la estructura de la teoría general del delito, de manera que, para explicarse mejor sobre la composición de esta estructura, se dirá que el estudio de tipicidad, se hace en dos estratos; primeramente sobre la *parte objetiva del tipo penal*, y posterior, el estudio de la *parte subjetiva del tipo penal*.

La primera está compuesta por aquellos elementos que permiten individualizar la conducta con respecto a aquellas características externas al individuo (acción, elementos normativos, referencias y sujetos del tipo penal); mientras que la segunda, permite igualmente especificar o diferenciar cuál es la acción típica, pero con respecto a las características internas del individuo (psiquis del individuo); ambos aspectos necesarios, en cuanto a que permiten determinar cuál es la conducta típica.

Título I.

Estudio del aspecto objetivo del tipo penal de intermediación financiera.

Se estudiará en este punto la tipicidad del delito de intermediación financiera no autorizada, de manera que para iniciar este análisis, se debe definir en qué consiste la tipicidad. Se dice que ésta “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.”¹¹⁵

Mientras que el tipo penal es definido como aquel “instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominante descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes, por estar penalmente prohibidas”¹¹⁶ de manera que, “el tipo pertenece a la ley mientras, que la tipicidad es la característica que tiene la conducta en razón de estar adecuada a un tipo penal”¹¹⁷.

En cuanto a la actividad ilegal de intermediación financiera, se indicará que ésta se encuentra regulada en la Ley Orgánica del Banco Central Número 7558 del 27 de noviembre de 1995, esta ley entra en vigencia en razón de una

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. (1991) Teoría General del Delito. 2da Edición. Tirant Lo Blanch. España. Pág. 47.

¹¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 391.

¹¹⁷ *Ibíd.*

reforma total al Sistema Bancario Nacional a partir de 1995, y como respuesta a la desconcentración de leyes que existían para la regulación de la actividad financiera del país, pero sobre todo como una reacción legislativa, a raíz de la quiebra del Banco Anglo Costarricense. La intención era por lo tanto, proponerse una regulación más efectiva de la actividad de intermediación financiera; en procura de garantizar una mayor protección al sistema financiero y económico costarricense; así como la protección del ahorro del público.

Antes de la reforma a la Ley Orgánica del Banco Nacional, ejercer la actividad de intermediación financiera sin autorización de la autoridad competente se consideraba una infracción administrativa, con la reforma realizada en 1995 a la Ley Orgánica del Banco Central, la intermediación financiera sin autorización, pasa a ser regulada como un delito.

El tipo penal se ubica pues, en el artículo 157 de la citada Ley 7558, e íntimamente relacionado a este artículo están los artículos 120 y 156 de la misma Ley, los cuales refieren lo siguiente:

ARTÍCULO 120.- Actividades de intermediación sin autorización.

Cuando personas, físicas o jurídicas, realicen actividades de intermediación financiera sin autorización legal y de la Superintendencia, se procederá conforme a lo dispuesto en los artículos 156 y 157 de esta ley.

ARTÍCULO 156.- Deber de la Superintendencia

La Superintendencia deberá velar porque en el territorio costarricense no operen personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea su domicilio legal o lugar de operación, que de manera habitual y a cualquier título realicen actividades de intermediación financiera, de captación de recursos de terceros u operaciones cambiarias sin autorización. Como medida precautoria, La Superintendencia, cuando así lo autorice una autoridad judicial, dispondrá la clausura de las oficinas en donde se estuviese realizando esa clase de actividades, para lo cual podrá requerir el auxilio de la Fuerza Pública.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará también al funcionamiento de grupos financieros de hecho o de entidades

que, debiendo formar parte de un grupo financiero, operen sin registrarse como integrantes del grupo.

Cuando a juicio del Superintendente, existan indicios fundados de que una persona, física o jurídica, está realizando ilegalmente actividades de las mencionadas en este artículo, La Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección que de acuerdo con esta ley, le corresponden respecto de las entidades fiscalizadas.

Lo que se extrae de estos dos artículos, es que la intención del legislador era regular la actividad de intermediación financiera practicada al margen de la regulación estatal. El artículo 120 de la LOBCCR, lo que establece es la prohibición para realizar esta actividad sin someterse al control de la SUGEF, mientras que el artículo 156, establece la obligación de la SUGEF para actuar en caso de que se presenten los hechos descritos en el artículo 120.

El artículo 157, es sin embargo, el que establece la descripción de las acciones típicas, y la sanción que se aplicará a las mismas, es éste por tanto, el tipo penal que será nuestro objeto de estudio:

ARTÍCULO 157.- Penas de prisión

Será sancionado, con pena de prisión de tres a seis años, el que:

a) Realice intermediación financiera sin estar autorizado.

b) Permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.

La entidad autorizada que permita o autorice los hechos a que se refiere el inciso b) será solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados.

En este punto vamos a dividir el artículo 157 en dos partes, pues así lo requiere su estructura; por un lado se tiene la acción del inciso a), que se refiere a la realización de la intermediación financiera sin contar con la autorización de la SUGEF. El inciso b) por su parte, establece otra acción totalmente distinta a la primera, pero íntimamente relacionada con la actividad ilegal de intermediación financiera; la cual consiste en permitir la realización de estas actividades prohibidas por no contar la debida autorización; en sus instalaciones o locales.

Es válido decir, que con el artículo 157 se trató de prohibir toda posibilidad de practicar la actividad de intermediación financiera sin contar con la autorización del Estado, de manera que estas dos conductas penadas, son las que potencian mayoritariamente la posibilidad de lograr esta práctica ilegal; una lo hace de una manera activa (tipo activo), y la otra de una manera permisiva (tipo

omisivo); sin embargo, ambas acciones serán nuestro objeto de estudio cuando se pase a continuación, a estudiar los elementos que conforman la parte objetiva del tipo.

A. La acción:

Se debe considerar que “el tipo es predominantemente descriptivo, porque los elementos descriptivos son los más importantes para individualizar una conducta y entre ellos especialmente el verbo, que es la palabra que sirve gramaticalmente para connotar una acción”¹¹⁸

De manera que al iniciar el análisis de un tipo penal, es importante identificar como punto de partida, cuál es la acción sobre la que está cayendo la prohibición penal. “Se llama acción todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante.”¹¹⁹

Además, es importante denotar la manera en que el legislador percibe lo que puede ser jurídicamente relevante para el Derecho (qué es un bien jurídico), y merece por tanto protección penal, ligado esto, se debe considerar las técnicas

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 392.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág.25.

descriptivas utilizadas para realizar la composición del tipo, las cuales pueden ser variadas.

Es decir, que el legislador decide qué penalizar (identifica un bien jurídico de relevancia para el Derecho); y decide cómo penalizarlo (esto va ligado a la descripción de la acción – activa u omisiva – y los demás elementos del tipo que permitan identificar correctamente la acción prohibida (elementos accesorios de referencia, elementos normativos etc.). Así por tanto, de esta diversidad de técnicas descriptivas, es que se pueden derivar los variados tipos penales que se conocen, es decir, que de acuerdo con la manera en que el legislador considere desvalorar la conducta es que surgirá la descripción dentro del tipo.

Se dice que existen cuatro diferentes modalidades de tipos penales en las que se pueden clasificar las conductas delictivas, a saber: tipos culposos y dolosos; tipos activos y omisivos, “las que se combinan dando lugar a los tipos dolosos activos, tipos dolosos omisivos, tipos culposos activos y tipos dolosos omisivos”¹²⁰

Se dice que “el tipo doloso activo tiene dos aspectos: uno objetivo y otro subjetivo, es decir que la ley mediante el tipo, individualiza conductas ateniendo a

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 417.

circunstancias que se dan en el mundo exterior y a circunstancias que están dadas en lo interno, en el psiquismo del autor.”¹²¹ Por lo tanto, los tipos dolosos activos se caracterizan por dos cosas: una acción desplegada que conlleva causar un resultado en el mundo exterior, además de la voluntad de causarlo, el primero se refiere al aspecto externo (objetivo) del tipo, mientras que el segundo se refiere al aspecto interno (subjetivo).

A.1) La acción del inciso a) del artículo 157 LOBCCR:

Es importante considerar que si se analiza la descripción del delito de intermediación financiera no autorizada descrito en el inciso a) del artículo en estudio: “*quien realice intermediación financiera sin estar autorizado.*”, se puede extraer de aquí, que la acción es “**realizar**”, por lo que refiere a “*efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción*”¹²², y esto nos remite hacia un tipo doloso activo.

Se dice “activo”, pues se trata del despliegue de una acción humana encaminada a causar un resultado: prestar servicios financieros de intermediación de recursos sin autorización. Mientras que sobre la existencia necesaria del dolo, es posible decir, que se dan las condiciones necesarias en el tipo, para que el

¹²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 417.

¹²² Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española. 22ª Edición. Madrid, España.

sujeto activo (sobre el que recae la prohibición), conozca la ilicitud de su accionar y aun así lo ejecute queriendo causar el resultado. Ese querer (voluntad de realizar la acción), es indispensable para que la conducta sea considerada típica, en el delito de intermediación financiera no autorizada.

A.2) La acción del inciso b) del artículo 157 LOBCCR:

La acción descrita en el inciso b) del referido artículo, por su parte, se encuentra muy ligada a la comisión de la actividad ilegal que refiere la acción del inciso a). Aunque, es una acción totalmente diferente a la primera, a saber: b) ***Permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.***

Sin embargo, la acción descrita en este segundo inciso: ***“permitir”***, es definida de la siguiente manera: ***“no impedir lo que se pudiera y debiera evitar”***¹²³. Es decir, que se trata de no realizar una acción, éstos nos refiere por lo tanto, a un tipo omisivo.

Es importante denotar que, cuando se da la acción del inciso a): **“realizar”** intermediación financiera, sin contar con la debida autorización; ésta

¹²³ Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española. 22ª Edición. Madrid, España.

puede concurrir con la acción del inciso b): “**permitir**” que se realicen estas actividades sin autorización. Sin embargo, la acción del inciso a) igualmente puede llevarse a cabo sin la permisión a la que se refiere el inciso b); mientras que por su parte, la acción del inciso b), **necesariamente debe concurrir** con la acción del inciso a). Es decir, que la primer acción: “**realizar**”, puede ser cometida con o sin la permisión que refiere el inciso b); pero sin embargo, esta segunda acción: “**permitir**”, no puede ser cometida si no ha ocurrido la primera.

B. El objeto material regulado en el tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:

La determinación del objeto material estará muy ligado a los conceptos de conducta y resultado, pues el objeto es al fin y al cabo el cuerpo o ente, que resulta afectado en el mundo físico por la conducta, y el resultado es precisamente esa afectación que sufre el objeto material por efecto de la conducta, pues “toda conducta tiene una mutación en el mundo físico, esa manifestación (...) es un cambio que se opera en éste. Antes de la conducta las cosas estaban en un estado diferente al que se hallaban después de la conducta”¹²⁴, es lo que se conoce en doctrina como la mutación física.

¹²⁴ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 418.

“El legislador sabe que cada conducta causa una mutación en el mundo externo: el resultado (suele llamársele resultado 'material', para distinguirlo de la afectación al bien jurídico (...))

El resultado es un ineludible fenómeno físico que acompaña a toda conducta: no hay conducta sin resultado.”¹²⁵

Para determinar el resultado en cada tipo que se estudia, es necesario establecer cuál es la conducta prohibida por el legislador, de acuerdo con la descripción que se hace en el tipo del verbo o acción. Ahora bien, como ya se dijo, puede tratarse de tipos activos o tipos omisivos, en tanto sea lo que el legislador trate de manifestar como conducta prohibida, y puede suceder que el resultado esté o no, descrito junto a la conducta prohibida, en tanto éste tenga menor o mayor importancia para el legislador.

“El legislador se encuentra frente a la tarea de individualizar las conductas con los tipos. Para hacerlo a veces se vale del requerimiento de un resultado determinado (...). Otras veces individualiza la conducta mediante un verbo que en la acción misma se hace inseparable del resultado (...). Por último,

¹²⁵ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 418.

hay otras ocasiones en las que se limita a describir la conducta, previendo que el resultado puede ser cualquiera, con tal de que afecte un bien jurídico.”¹²⁶

La descripción de la conducta y su resultado puede ser de tres maneras distintas, de acuerdo con cual sea la intención del legislador:

- Descripción expresa de la conducta junto a un resultado específico.
- Descripción de una conducta que por naturaleza conlleva un resultado específico, el cual no está descrito, pero parece implícito.
- Descripción únicamente de la conducta, pues no importa el resultado.

Como se mencionó anteriormente, el objeto material es aquel ente que debe existir necesariamente en el mundo físico, y que resulta modificado por el efecto de la conducta, ya que toda conducta tiene un efecto, la importancia que el legislador le dé a ese efecto para desvalorar, y por tanto, punir la conducta es variable.

¹²⁶ ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 418.

Puede suceder que tenga mucha importancia, por ejemplo, el delito de homicidio y el necesario efecto de muerte, que se ve en nuestro artículo 111 del CP (homicidio simple); o puede suceder que el efecto de la conducta no tenga ninguna importancia para desvalorarla como ilícito, por ejemplo, la conducta en el artículo 250 bis del mismo cuerpo legal (accionamiento de armas), en donde no parece importar que el resultado de esa conducta, “accionar de un arma”, tenga alguna importancia, siendo que cause o no, un efecto lesivo sobre algún objeto material, por tratarse de un delito de peligro.

Es decir, que independientemente del tipo de efecto que se cause sobre el objeto material, puede ocurrir una afectación a un bien jurídico, que es un objeto totalmente del distinto del material, ya que puede ser un objeto existente del mundo físico o bien ser un objeto ideal. De cualquier manera, la afectación del bien jurídico, puede darse independientemente del resultado, y por el simple hecho de realizar la conducta.

Este tipo de afectaciones, están mejor manifestadas con los delitos de peligro, pues lo que se requiere es que se ponga en peligro la existencia de un bien jurídico, independientemente del resultado de la conducta (es decir, si se causó o no un daño o lesión).

De acuerdo con lo dicho, se debe considerar la descripción que aparece en el artículo 157 incisos a) y b) de la LOBCCR, las acciones son: **“practicar”** *Intermediación financiera*, y **“permitir”** *que se practique intermediación financiera*; y para entender por qué estas acciones resultan ser prohibidas, se deben de analizar junto al elemento normativo: **“sin contar con la debida autorización”** (el cual se analizarán con mayor detenimiento más adelante), pero que por ahora sirve para poder decir que lo que hace prohibidas a estas acciones, es el hecho de realizarlas, o permitir que se realicen, sin contar con la autorización del ente competente para expedirla, es decir, la SUGEF.

Este forma de descripción de la conducta prohibida encaja en aquellos tipos en los cuales, para considerar la conducta como ilícita, basta únicamente su comisión, prescindiendo por tanto del resultado, ya que solo se describe la conducta prohibida pareciendo dejar de lado el resultado que se cause.

Y con respecto de la intermediación financiera, es posible decir, que lo que la convierte en una conducta punible es únicamente realizarse al margen de la regulación estatal, sin importar si dentro de su comisión se utilizan o no los medios óptimos para realizar la captación; es decir la utilización adecuada de los recursos, o si se causa un efecto (mutación física) negativo, es decir un daño, sobre el patrimonio del público inversionista, basta que se ponga en peligro los bienes jurídicos protegidos.

Pese a la importancia jurídica (poca o mucha) que le concede el legislador al resultado de una conducta, para poder considerar la misma como ilegal; lo cierto es que el resultado provoca siempre un efecto necesario sobre un objeto material.

En el presente caso, el objeto material no se encuentra descrito dentro del tipo, y para poder determinarlo se debe acudir a conceptos estudiados en el primer capítulo de este trabajo, tales como el concepto de intermediación financiera, sobre el mismo se recurre al artículo 116 de la LOBCCR, en donde se dice en su párrafo primero que:

*“... se entiende por intermediación financiera la captación de **recursos financieros del público**, (...)”*

(El texto resaltado no es original)

Para efectos del presente trabajo, se dice que tanto “**activos**” como “**recursos**”, resultan ser conceptos similares. Y si bien, se ha dicho anteriormente que la verdadera derivación de la actividad de intermediación financiera es la oferta de un servicio, por parte del intermediario para con los sectores deficitarios y superavitarios; el instrumento necesario con que cuenta para ofertar este servicio, son los activos financieros, los cuales resultan de la captación y son por tanto el objeto material derivado de esta acción.

Ahora bien, es importante acotar que los recursos financieros son entendidos como “aquellos activos que constituyen efectivo o que son de fácil conversión a efectivo”¹²⁷, es decir son activos líquidos. Para atender mejor a punto se recurrirá al concepto desarrollado en el Manual de Estadísticas Monetarias y Financieras del Fondo Monetario Internacional, el cual explica que los activos financieros (concepto similar a pasivos financieros) forman parte de los instrumentos financieros del sistema de manera que, “los instrumentos financieros se clasifican como *activos financieros* o como *otros instrumentos financieros*. Los activos financieros (p. ej., billetes y monedas, depósitos y valores) tienen un valor que puede demostrarse. Los otros instrumentos financieros (p. ej., garantías y compromisos financieros como son las líneas de crédito, los compromisos de préstamos y las cartas de crédito) están condicionados a que ocurran acontecimientos futuros inciertos ajenos a los activos financieros.”¹²⁸

Por lo tanto, los activos financieros son aquellos que tienen un valor pecuniario intrínseco e inmediato. “...se definen los activos financieros como un subconjunto de los activos económicos: entidades sobre las que las unidades institucionales ejercen derechos de propiedad, individual o colectivamente, y de

¹²⁷ Glosario de Términos Financieros de la Superintendencia General de Entidades Financieras (2007). www.sugef.fi.cr/servicios/documentos/normativa/glosario.

¹²⁸ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 24.

las que sus propietarios pueden obtener beneficios económicos por su posesión o uso durante un período de tiempo.

La mayoría de los activos financieros son derechos financieros que provienen de relaciones de tipo contractual y nacen cuando una unidad institucional proporciona fondos a otra. Estos contratos constituyen la base de las relaciones entre acreedores y deudores mediante las que los propietarios de los activos adquieren derechos incondicionales sobre los recursos económicos de otras unidades institucionales. La relación entre el acreedor y el deudor imparte una dimensión en términos de pasivos y activos a un instrumento financiero. Pese a que no existe un pasivo correspondiente, el oro monetario y los DEG también se consideran activos financieros.¹²⁹

De acuerdo con esto, se consideran por tanto como activos financieros:

- **Oro monetario y DEG:**

“El oro monetario y los DEG asignados por el FMI son activos financieros para los que no existen pasivos financieros correspondientes. El oro monetario es sólo el que está en poder del Banco Central o el Gobierno (o de

¹²⁹ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 24.

otras entidades sujetas al control efectivo del Banco Central o el Gobierno) y forma parte de las reservas oficiales. (...)

Los DEG son activos de reserva internacionales creados por el FMI, que los asigna a sus países miembros para complementar las reservas oficiales existentes.”¹³⁰

- **Billetes, monedas y depósitos:**

“Son los billetes y monedas de valor nominal fijo emitidos por los bancos centrales o los gobiernos. Se dividen en categorías separadas de moneda nacional y moneda extranjera que representan pasivos de los bancos centrales o gobiernos de otros países.

Algunos países emiten monedas de oro, que se conservan por su valor intrínseco, o monedas conmemorativas, que se conservan por su valor numismático. Si estas monedas no están en circulación activa deberán clasificarse como activos no financieros, en lugar de clasificarlas como activos financieros. (...)

Los depósitos comprenden todos los derechos frente al Banco Central, otras sociedades de depósito, unidades gubernamentales y, en algunos casos,

¹³⁰ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 24.

otras unidades institucionales que están representadas mediante comprobantes del dinero entregado. La categoría de depósitos abarca los depósitos transferibles y otros depósitos. Se emplean categorías separadas para los depósitos denominados en moneda nacional y en moneda extranjera.”¹³¹

Estos tres activos, por su definición, son los activos financieros que son captados por excelencia por los intermediarios, ya que por sus características se encuentran comúnmente, en posesión del público ahorrador.

- **Valores distintos de acciones:**

“Los valores distintos de acciones son instrumentos negociables que sirven como evidencia de que las unidades tienen obligaciones que deben liquidar mediante la entrega de dinero en efectivo, un instrumento financiero u otros efectos de valor económico. Los tipos más comunes de valores son las letras del Tesoro, los bonos públicos, los bonos y obligaciones empresariales, los efectos comerciales y los certificados de depósito emitidos por sociedades de depósito.”¹³²

- **Préstamos:**

¹³¹ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 25.

¹³² Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 26.

“Los préstamos son activos financieros que: 1) se crean cuando un acreedor presta fondos directamente a un deudor y 2) se ponen de manifiesto en documentos no negociables (los préstamos y depósitos, que pueden tener características casi idénticas, se distinguen con base en la representación de los documentos que son prueba de ellos. Fondo Monetario Internacional). En esta categoría se incluyen todos los préstamos y anticipos —exceptuando las cuentas por cobrar o por pagar, que se tratan como categoría separada de activos financieros— concedidos a distintos sectores por sociedades financieras, gobiernos y, en algunos países, por otros sectores. En esta categoría se incluyen los préstamos reembolsables a plazos, el financiamiento de ventas a plazos y los préstamos para financiar crédito comercial. Los derechos u obligaciones frente al FMI en forma de préstamos también se incluyen en esta categoría.”¹³³

En conclusión, es posible decir que todos estos activos, oro monetario, monedas, billetes, depósitos, valores distintos de acciones y préstamos, pueden ser captados por agentes intermediarios del mercado financiero (por lo que no solo es intermediación financiera la captación de dinero —monedas y billetes —), el concepto de recursos financieros no se puede limitar a una sola clase de recurso, aunque éste (billetes, monedas y depósitos) sea el más común que se encontrará en una transacción de captación.

¹³³ Fondo Monetario Internacional. Op. Cit. Pág. 27.

Y de nuevo, es importante recalcar que aunque estos recursos, son el objeto material del tipo, que resulta afectado por la conducta “**captación**” de recursos financieros del público, ya que toda conducta está acompañada de un resultado sobre un objeto; sin embargo, la ilegalidad de la conducta se debe basar sobre la afectación a un **bien jurídico con relevancia para el Derecho**, de manera que puede suceder que el resultado de la acción, así como el objeto material, sean secundarios para desvalorar la conducta como ilegal; no así el bien jurídico.

C. El elemento normativo regulado en el tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR: El concepto de intermediación financiera:

Los elementos normativos forman parte de los componentes del tipo penal que nos permiten comprender mejor cuál es la conducta penada. “Hay tipos penales que no solo contienen elementos descriptivos, sino también elementos normativos, es decir elementos que para cuya precisión se hace necesario acudir a una valoración ética o jurídica”¹³⁴

¹³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 422.

Las conductas que estamos analizando dentro del artículo 157 incisos a) y b) de la LOBCCR, contienen un elemento normativo que nos obliga a recurrir a otras normas contenidas en la misma Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, pues precisa detallar conceptos jurídicos relativos a la actividad legal de intermediación financiera, por lo tanto este es un elemento normativo de contenido financiero, que se pasará a estudiar a continuación.

Este elemento aplica tanto para la acción descrita en el inciso a), como en el inciso b) del artículo 157; pues aunque las acciones descritas son diferentes, ambas se refieren a la misma actividad: la intermediación financiera. Éste es un elemento de contenido normativo, que tiene importancia cardinal para la determinación del tipo, ya que si no concurren todos los elementos del concepto, no se estaría en presencia de la actividad penalizada por el artículo en estudio.

Éste es un concepto supeditado a la normativa financiera de nuestro país¹³⁵, y en cuanto a la regulación de la intermediación financiera, se ha dicho que una de las principales leyes que se han destinado para este cometido, es la

¹³⁵ Esta normativa es la que hemos estudiado en Título IV del Capítulo I, del presente trabajo: Marco Legal Regulatorio de la Actividad de Intermediación Financiera: (Instrumentos Legales), en este punto detallamos la existencia de más de 20 instrumentos legales destinados a regular la actividad financiera en nuestro país; también mencionamos que de todos estos instrumentos existían cuatro leyes cardinales para este marco regulador, a saber, Ley Orgánica del Banco Central No. 7558, Ley de Modernización del Sistema Financiero de la República No. 7107, Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias No. 5044, Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644.

Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, No. 7558, dentro de la cual se ha creado todo el Capítulo IV “Superintendencia General de Entidades Financieras”, que se divide en cuatro secciones, todas las cuales regulan los distintos aspectos de la actividad de intermediación financiera, desde la óptica legal de su práctica, hasta incluso la actividad ilegal de intermediación financiera.

Ahora bien, el concepto de intermediación financiera es un elemento normativo precisado por la misma ley 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, y por lo tanto, para el análisis de este elemento normativo se debe recapitular lo dicho en el “Capítulo I, Título III: El concepto de intermediación financiera y los diferentes tipos de intermediarios en el sistema financiero costarricense”; en donde se indicó que este concepto es fijado por artículo 116 de la misma ley.

Es importante retomar este concepto y las precisiones que se hicieron en ese momento sobre el mismo, ya que si el tipo penal en estudio, indica que se le impondrá prisión de tres a seis años a: a) quien realice intermediación financiera, y a quien, b) permita que en sus oficinas o autorice que en sus oficinas se realicen tales actividades. Ya que si tomamos en consideración el concepto que se hace de intermediación financiera del artículo 116 de la LOBCCR; es posible afirmar que si llegara a faltar alguno de los elementos conformadores del concepto

de intermediación financiera, no sería posible tener por configurada la conducta del artículo 157 incisos a) y b).

En otras palabras, no se puede subsumir una acción dentro del tipo, si no cumple con los elementos configuradores de la conducta prohibida. Igualmente no es posible agregar elementos inexistentes al concepto de intermediación financiera, pues eso igualmente equivaldría a imponer requisitos para la configuración de la conducta, que no han sido contemplados en el tipo penal, y al respecto se debe considerar como primordial el principio de tipicidad que rige en el Derecho penal.

Para los efectos del estudio de este elemento normativo, se retomarán los elementos a los que he hecho referencia en el Capítulo I, Sección III del presente trabajo, en donde apuntamos que de acuerdo al artículo 116 de la LOBCCR; se considera intermediación financiera: **1. La captación de recursos financieros del público, 2. de manera habitual, 3. para destinarlos a cualquier forma de crédito o inversión en valores, 4. por cuenta y riesgo del intermediario, 5. sin importar la forma contractual utilizada para la operación de crédito.**

La ausencia de cualquiera de estos elementos, permite determinar que no existe intermediación financiera, sino otra actividad similar, mas no la que está

siendo regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica No. 7558. Para ilustrar de mejor manera esta noción, vamos a dar un ejemplo que nos permitan situarnos en circunstancias en las que no estaríamos en presencia de una intermediación financiera:

Así, supóngase que una persona (sea física o jurídica), realiza actividades de crédito al público en general, pero los recursos financieros de los que se sirve para ofrecer el crédito son propios. En este caso no existe intermediación financiera, pues como es lógico no se está intermediando, entre dos sectores (superavitario y deficitario), sino que se están utilizando recursos propios, para dedicarlas a actividades de crédito hacia el sector deficitario. Sobra decir que en un caso como éste, no se está ante la conducta penada en el artículo 157 inc. a) de la LOBCCR.

La captación de recursos del público es un elemento esencial del concepto de intermediación financiera, y por tanto, indispensable para la configuración de la conducta punible. Esta captación consiste en la percepción o recolecta de recursos financieros del público. Además, se dijo que el concepto de **público** es igualmente un concepto que merece elaboración en dos sentidos:

- Son unidades superávitaras de recursos financieros, es decir, que tienen un excedente de los mismos; de ahí su disposición para colocarlos a

disposición del intermediario, y recibir por ello una ganancia que se traduce siempre en la percepción de un interés activo, que le ofrece el intermediario.

- Y son personas totalmente ajenas al intermediario, o institución intermediaria, se refiere por tanto a un grupo no específico de personas; a una colectividad de ahorradores. Esto precisamente por la necesaria existencia en el concepto, de una intermediación entre dos sectores del sistema financiero, por lo que en caso de que el público ahorrador formará parte del intermediario financiero, no se estaría presentando una intermediación, sino la utilización de recursos propios.

Ahora bien, con respecto de este punto es necesario hacer las siguientes observaciones; si hemos dicho que la captación de recursos de un público específico (que forman parte del intermediario – miembros, u asociados del mismo), **NO** constituye intermediación financiera, desde la óptica del artículo 116 de la LOBCCR, pues no se está cumpliendo con la totalidad de elementos del concepto; se debe concluir igualmente, que tal tipo de captación, no puede subsumirse en la conducta punida por el artículo 157 de la LOBCCR, pues esta conducta únicamente pena la actividad de intermediación financiera desautorizada, por tal, y en respeto al principio de tipicidad que rige en el Derecho penal, la captación de ahorros del público específico, y que forme parte del

intermediario, es una **conducta atípica** en relación con el artículo 157 de la LOBCCR.

Con respecto a este punto, se debe considerar el caso particular de las cooperativas de ahorro y crédito, cuando realizan actividades de intermediación financiera. Este tipo de cooperativas realizan una actividad muy similar a la descrita en el artículo 116 de la LOBCCR. Esta actividad, difiere únicamente en un elemento del concepto de intermediación financiera, cual es la captación de recursos financieros de un público ajeno al intermediario; mientras que las cooperativas de ahorro y crédito, por definición, realizan captación, única y exclusivamente de sus propios miembros, esto es lo que se conoce como **intermediación financiera cooperativa**.

Este tipo de actividad consiste en una captación de recursos, pero no de un grupo indeterminado, si no de un grupo de miembros asociados. Los recursos por su parte, pueden ser destinados a actividades de crédito dirigidas a los mismos miembros (cooperativa cerrada), o a la generalidad del público (cooperativa abierta).

En nuestra normativa se encuentran bajo la regulación (administrativa) de la SUGEF, principalmente las cooperativas abiertas, ya sea en relación al amplio número de miembros que la conforman, o bien por el gran caudal de

recursos que movilizan. Esto lo se extrae del análisis del artículo 117 de la LOBCCR, el cual dice en su párrafo primero que:

“Están sujetos a la fiscalización de la Superintendencia y las potestades de control monetario del Banco Central de Costa Rica, los bancos públicos y privados, las empresas financieras no bancarias, las mutuales de ahorro y préstamo, las cooperativas de ahorro y crédito y las asociaciones solidaristas. Además, toda otra entidad autorizada por Ley para realizar intermediación financiera.”

(El subrayado no es original)

En este punto se debe hacer una importante interrogante:

¿Está subsumiendo el artículo 157 de la LOBCCR, la realización de intermediación financiera cooperativa?, en otras palabras, es posible penalizar a los representantes de una cooperativa (el consejo de administración), por realizar captación **de sus miembros**, sin contar con la autorización de la SUGEF, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8 de la LRAIFOC, en su párrafo segundo:

“Ninguna organización cooperativa de ahorro y crédito que se constituya podrá iniciar sus actividades sin contar con la autorización de la Superintendencia General de Entidades

Financieras, la cual será otorgada previo cumplimiento de todos los requisitos que exige la ley.”

Al respecto se dirá que en estricto apego al principio de tipicidad penal, no se denota de la lectura del artículo 157 de la LOBCCR, que la realización de intermediación financiera cooperativa se encuentre sancionada **penalmente**, dentro de la normativa costarricense, aún y cuando en sus demás elementos, sea una actividad similar a la intermediación financiera tradicional.

Por otro lado, distinto es el caso de las cooperativas de ahorro y crédito, que realizan captación de recursos de personas ajenas a la institución (quienes no son miembros de la cooperativa), cuando en realidad la autorización de la SUGEF, va dirigida únicamente para que realicen captación de sus propios miembros. En este caso sí se tiene una conducta subsumible dentro del artículo 157 inc. a). Pero en caso de demostrarse que una institución cooperativa de ahorro y crédito, realizó captación exclusiva de sus miembros sin contar con la autorización de la SUGEF, no cabría más que la aplicación de las correspondientes sanciones administrativas, pues el tipo penal del 157, no está redactado para aplicarse a este tipo de instituciones.

Esta es una interpretación restrictiva del tipo penal, en lo concerniente a la aplicación de los alcances del Art. 157, para instituciones cooperativas de

ahorro y crédito, sin embargo, se debe denotar que también cabe una interpretación amplia del tipo penal basada especialmente sobre dos argumentos:

En primer lugar, las cooperativas de ahorro y crédito, así como las asociaciones solidaristas, están sometidas al control de la SUGEF a pesar de que como se viene explicando, por definición y según el artículo 116 no realizan propiamente intermediación financiera; así el sustento jurídico principal para extender la supervisión, es el presupuesto contemplado en el artículo 115 que declara de **interés público** la supervisión de entidades financieras, esta extensión de la fiscalización, únicamente aplicará a aquellas cooperativas de ahorro y crédito, en razón de que posean un elevado número de asociados, así como un elevado volumen de activos. Esto de acuerdo al artículo 117 de la LOBCCR, en su párrafo segundo.

Existe por tanto un interés público que *podría* promover la extensión de la protección penal.

En segundo lugar, se tiene que si bien las cooperativas de ahorro y crédito no realizan intermediación financiera en estricto apego al concepto del artículo 116, se *podría* considerar extendida la regulación penal en razón del artículo 37 de la Ley 7391, Ley De Regulación de la Actividad de Intermediación Financiera de las Organizaciones Cooperativas, el cual indica que:

*“ARTÍCULO 37.- El régimen de **sanciones**, saneamiento, intervenciones, totales o parciales, y la liquidación de las organizaciones cooperativas de ahorro y crédito se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, en el título correspondiente a la Superintendencia General de Entidades Financieras”. (El texto resaltado no es original)*

Como se ve, la regulación penal *podría* extenderse para este sector del mercado financiero, si se aplica un criterio amplio de interpretación del artículo 157 de la LOBCCR, en relación con el artículo 137 de la LRAIFOC, y en consideración al interés público que pesa sobre su regulación; aún y cuando estas instituciones no realizan intermediación financiera de acuerdo al artículo 116.

Sin embargo, esta interpretación amplia, puede resultar altamente conflictiva, especialmente en la práctica judicial, en donde se puede afirmar con entera razón, que se está haciendo uso de una aplicación analógica de la ley penal, la cual a todas luces está proscrita en el Derecho penal costarricense (artículo 2 del Código Penal).

No se niega, de ninguna manera, que la regulación de las cooperativas de ahorro y crédito, especialmente en un círculo abierto, merezcan igual protección penal que la actividad de intermediación financiera tradicional,

especialmente cuando es amplia la cantidad de miembros y recursos captados, ya que los primeros con mayor posibilidad, pueden verse desprotegidos. Sin embargo, ésta no ha sido la intención del legislador que se denota en el artículo 157 en estudio.

No obstante, esto no implica que no se pueda proponer una reforma para que la protección penal se extienda igualmente sobre el *público* ahorrador cooperativista, siendo ésta una actividad similar, ya que existen iguales posibilidades de poner en riesgo los ahorros de los miembros, al realizarse la captación sin la autorización de la SUGEF.

Si bien expongo – como necesario para el estudio del tipo – las dos interpretaciones posibles del artículo 157, en relación con las organizaciones cooperativas de ahorro y crédito, se debe acotar que la posición que tomaré al respecto será resguardar el principio de tipicidad, en razón del cual no es posible considerar penalizada una conducta que no cumpla con **TODOS** los elementos del concepto de intermediación financiera.

Ahora bien, continuando con el estudio del concepto de intermediación financiera, se dice que **la habitualidad** por su parte, es otro elemento esencial para que se conforme tal actividad, y a la vez se tenga como configurado el tipo

penal de intermediación financiera no autorizada, contenido en el artículo 157 de la LOBCCR.

Recapitulando lo que se ha dicho en el Capítulo I de este trabajo, el elemento de habitualidad consiste en la captación o percepción hecha de manera reiterada y constante, y no como actos aislados. Relacionado con el concepto, se encuentra también la condición propia del sujeto activo en cuanto a su profesionalidad y especialización, pues la intermediación financiera es una actividad compleja, que requiere la aplicación de recursos especializados e instrumentos necesarios para su exitosa administración.

En la actividad de intermediación financiera, aquel sujeto que funge como intermediario, tiene de por medio un interés en la percepción de ganancias derivadas de la captación y posterior colocación en actividades crediticias. Es por este interés en la obtención de ganancias, y por la propia complejidad de la actividad; que el intermediario se profesionaliza y la práctica habitualmente; de no ser así no podrían obtenerse mayores ganancias derivadas de la misma, y eso estaría lejos de la lógica de los negocios y la operación de los mercados.

Otro elemento indispensable, para que se complete el concepto de intermediación financiera, es el **destino que se le da a los recursos**. Se extrae del artículo 116 de LOBCCR, que es necesario para que se dé la intermediación

financiera, que los recursos captados de las entidades superávitarias sean canalizados hacia entidades deficitarias, quienes requieren de estos recursos financieros para sus propias actividades de producción, es decir, que se canalizan a través de operaciones crediticias, por las cuales el intermediario obtiene un interés pasivo, con el cual podrá cubrir el pago del interés activo ofrecido al ahorrador, y obtener además una ganancia denominada margen de intermediación financiera.

Aparte de las actividades crediticias, otro destino que se le puede dar a los recursos captados, es dedicarlos a inversión de valores. Sin embargo, de manera totalmente distinta a la intermediación bursátil; el intermediario financiero hace la inversión en Bolsa, por su propia cuenta y riesgo, independientemente del parecer del ahorrador; quien no tiene realmente injerencia alguna con respecto a cuál sea el destino de los recursos. Su único interés es pues, percibir la obtención de un interés por la colocación de los recursos, además de asegurarse de que los mismos puedan estar resguardados y respaldados por la solidez que el intermediario le pueda ofrecer. De manera que esta inversión en valores se realiza, a diferencia de la intermediación bursátil, con independencia total del ahorrador, quien además, en la inversión en Bolsa es conocido como inversionista y no como ahorrador.

Como se ve representado en el siguiente cuadro, el destino de los recursos marca una importante diferencia entre estas dos actividades.

Cuadro No. 1

Sobre el destino de los recursos en el delito de intermediación financiera no autorizada

Si los recursos se dedican a:	
1. Actividades de Crédito	Es intermediación financiera (Es aplicable el art. 157 de la LOBCCR)
2. Inversión en Bolsa por cuenta del intermediario (sin intervención de ahorrador)	
3. Para capital de trabajo	Es intermediación bursátil (NO es aplicable el art. 157 de la LOBCCR)
4. Para el financiamiento de proyectos de inversión de carácter no financiero de la propia empresa emisora	

Muy ligado al destino de los recursos, **el riesgo que asume el intermediario**, es otro elemento conformador del concepto de intermediación financiera, que además de modelar este concepto, nos permite definir mejor la conducta que configura la acción típica del artículo 157 de la LOBCCR.

“El riesgo es así un elemento esencial de toda actividad de intermediación financiera. A diferencia de los demás comerciantes, el intermediario financiero no compra la mercadería para revenderla, sino que se convierte en vendedor de quien le proporciona los recursos...”¹³⁶

Consiste en las posibles pérdidas de capital, que por diferentes motivos puedan afectar a la institución intermediaria y por ende el ahorro del público. Dentro de los conceptos financieros, hay *distintos tipos de riesgos*¹³⁷ los cuales pueden afectar la solvencia del intermediario para responder en sus obligaciones frente al público ahorrador.

Sin embargo, quien asume el riesgo en la intermediación financiera –y ésta es una importante diferencia con respecto a la intermediación bursátil – es el intermediario y no el ahorrador, por eso la definición extraída del 116 de la LOBCCR indica que la inversión la realiza el intermediario **por cuenta y riesgo propio**.

Finalmente el último elemento que conforma el concepto de intermediación financiera, es la liberalidad contractual con la que se puede realizar

¹³⁶ MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. y otros. Op. Cit. Pág. 14.

¹³⁷ Véase, supra nota 36, pág. 61.

las operaciones de crédito o inversiones en valores, a las cuales se está dedicando los recursos captados.

En conclusión, se dirá que estos cinco elementos apuntados y explicados: 1. captación de recursos financieros del público, 2. de manera habitual, 3. para destinarlos a cualquier forma de crédito o inversión de valores, 4. por cuenta y riesgo del intermediario, 5. sin importar la forma contractual utilizada para la operación de crédito o inversión (destino de los recursos), configuran el concepto de intermediación financiera.

De manera que ante la carencia de alguno de estos elementos, se puede afirmar que no se está ante la práctica propia de intermediación financiera; pudiera suceder, en cambio que se trate de una actividad similar, o incluso en una actividad auxiliar de la intermediación financiera.

Por otro lado, al carecer de algunos de estos elementos, no se puede considerar como configurada la conducta punida por los delitos del artículo 157 en sus incisos a) y b), pues el elemento normativo que se viene estudiando requiere que para poder subsumir una conducta dentro del tipo, la misma debe cumplir con los elementos conformadores del artículo 116 LOBCCR apuntados, cualquier otra actividad que desplegada en el sistema financiero y que no cumpla con los

elementos mencionados no configuraría, por lo tanto, la conducta tipificada en el artículo 157 inc. a) y b) de la LOBCCR, **sería pues una conducta atípica.**

Finalmente, así como existen elementos necesarios para conformar el concepto de intermediación financiera, los cuales se deben cumplir para configurar el tipo penal, objeto de nuestro estudio; se dirá que no es posible, al menos desde la óptica legal (aparte está la opinión de la doctrina), que considere apropiado agregar algún elemento adicional, necesario para considerar que se está en presencia de intermediación financiera. Hacemos referencia, específicamente al concepto de *oferta pública*. Parte de la doctrina, especialmente derivada de Argentina¹³⁸, y alguna doctrina costarricense¹³⁹, considera que es un requisito del intermediario financiero hacer primeramente oferta pública del servicio.

Así, consideran que “el proceso de intermediación financiera da inicio con la atracción de recursos del público; entiéndase por éste, una masa o grupo no determinado. Se refiere a la recolección de grandes cantidades de dinero, de una gran masa de personas. Este acercamiento al inversionista –captación al público-, se realiza mediante la oferta que realiza el intermediario.

¹³⁸ RECIO, José. VILLER, Julio. (1989) El Banco Central y la intermediación financiera. Buenos Aires-Argentina, Ediciones Depalma.

¹³⁹ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. Delito de intermediación financiera no autorizada. La responsabilidad penal del gerente. Juris Abogados. Costa Rica.

(...) Ahora bien, cuando esa captación es del público, el acercamiento es la oferta pública. De conformidad con el artículo 2 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, se considerará oferta pública: *“todo ofrecimiento, expreso o implícito, que se proponga emitir, colocar, negociar o comercial valores y se trasmita por cualquier medio al público o a grupos determinados...”*¹⁴⁰

RECIO y VILLER señalan al respecto que “...las características definitorias de la oferta pública son tres: a) invitación efectuada a personas en general; b) para realizar cualquier acto jurídico...; y c) por cualquier procedimiento de difusión...la oferta efectuada a persona o personas determinadas, es decir, denotadas en su individualidad, no es pública...”¹⁴¹

Sin embargo, es preciso apuntar que en Costa Rica, la legislación financiera únicamente ha establecido la necesaria existencia de la oferta pública para la intermediación bursátil; y la cual de acuerdo con la Ley Reguladora Del Mercado De Valores, Ley No. 7732, se conceptualiza de la siguiente manera:

¹⁴⁰ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. Op. Cit. Pág. 9.

¹⁴¹ RECIO, José. VILLER, Julio. (1989) El Banco Central y la intermediación financiera, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Depalma. Citado por VALVERDE PEÑA, Alexander. Intermediación Financiera y Bursátil. Investigación no publicada. Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos Corrupción y Tributarios. Ministerio Público. San José, Costa Rica.

Artículo 2.- *Oferta pública de valores. Para efectos de esta ley, se entenderá por oferta pública de valores todo ofrecimiento, expreso o implícito, que se proponga emitir, colocar, negociar o comerciar valores y se transmita por cualquier medio al público o a grupos determinados. Asimismo, se entenderá por valores los títulos valores y cualquier otro derecho de contenido económico o patrimonial, incorporado o no en un documento, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión puedan ser objeto de negociación en un mercado financiero o bursátil.*

Únicamente podrán hacer oferta pública de valores en el país los sujetos autorizados por la Superintendencia General de Valores, salvo los casos previstos en esta ley. Lo mismo se aplicará a la prestación de servicios de intermediación bursátil y demás actividades reguladas en ella.

(Ley Reguladora Del Mercado De Valores. Ley No. 7732 de 17 de diciembre de 1997. Publicada en La Gaceta No. 18 de 27 de enero de 1998.)

Como se ve, la oferta pública de valores es un elemento que forma parte del concepto de intermediación bursátil, el cual consiste en un ofrecimiento o estipulación que se hace para la negociación de los títulos valores, que como se sabe son el objeto de transacción de la intermediación bursátil, la cual consiste de

acuerdo a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en el párrafo segundo del artículo 116, en *“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.”* Y esto **no se considera intermediación financiera**, según la misma ley mencionada.

Si bien la publicidad del servicio, (la oferta del servicio hacia el público) es un componente lógico de la operación de mercado, necesario para la venta del servicio de intermediación; la misma no es un elemento propio del concepto de intermediación, pues así lo consideró el legislador en el artículo 116 de la LOBCCR, y por tanto, no tiene relevancia para su configuración, el medio por el que se promocionará el servicio, ya sea, mediante publicación en un periódico de circulación nacional, o incluso mediante recomendación de clientes.

En conclusión, y en contraposición a esta parte de la doctrina, considero que la oferta pública no es un requisito especial de la intermediación financiera, puesto de según la normativa analizada, ésta solo corresponde para la oferta pública de valores y servicios de intermediación bursátil, y en igual forma no puede ser considerada como necesaria para tener por configurada la conducta prohibida del artículo 157 de la LOBCCR, pues no forma parte del elemento normativo “intermediación financiera”.

D. Las referencias en el tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:

Como se viene apuntando, los elementos normativos son componentes del tipo que permiten puntualizar mejor sobre cuál es la conducta penada y en qué consiste la misma, para su comprensión se debe acudir a otras normas – muchas veces no penales – las cuales se encargan de precisar y definir el elemento normativo en cuestión. Las referencias, por su lado, es posible decir que forman parte de los componentes del tipo penal, que en igual manera permiten comprender mejor cuál es la conducta penada, pero para su análisis no es necesario, a diferencia de los elementos normativos, acudir a otras normas.

Las referencias son aquellas circunstancias a las que se somete la acción para que ésta pueda ser considerada como ilegal (desvalorada penalmente); “en tal sentido, puede haber requerimientos de circunstancias de tiempo, (...) de lugar, (...) de modo (...), de ocasión (...) de medios (...).”¹⁴²

Y así como existen tipos específicamente circunstanciados, es decir, “tipos de formulación casuística, por oposición a los tipos de formulación libre, que

¹⁴² ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 422.

son los que individualizan acciones que pueden cometerse por cualquier medio.”¹⁴³

Se pasará a continuación a analizar, las referencias encontradas en las dos acciones del artículo 157 LOBCCR.

D.1) Referencias en razón de la ocasión: inc. a) y b) artículo 157 LOBCCR:

Las conductas descritas en ambos incisos del artículo 157; para que sean ilegales son sometidas a una circunstancia, la cual es **“sin estar autorizado”**, ésta es una *circunstancia de ocasión*, pues la ausencia de una autorización legal debe concurrir al momento de que es desplegada la acción.

Para poder verificar la concurrencia de esta circunstancia, sin embargo, se debe acudir a la normativa vigente. Por otro lado, es preciso considerar que el ente encargado de expedir esta autorización es la Superintendencia General de Entidades Financieras.

¹⁴³ *Ibíd.*

Esta institución como se mencionó en el Capítulo I, Título IV, Parte B, de éste mismo trabajo, fue creada por la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica no. 7558, para sustituir a una institución que le precedió: La Auditoría General de Entidades Financieras, esto mediante el artículo 115 de la misma ley.

Además, es deber de la SUGEF, velar porque en el territorio nacional no operen personas jurídicas o físicas, como intermediarios financieros, sin contar con la debida autorización, de acuerdo con el artículo 156 de la LOBCCR.

Pero igualmente, es deber de esta entidad otorgar la autorización, cuando se han cumplido de previo los requisitos legales indispensables para realizar intermediación financiera, y así lo solicita el intermediario, esto según lo establecido en el artículo 116. Este artículo establece que (...) ***“La autorización de la Superintendencia deberá ser otorgada cuando se cumpla con los requisitos legales.”***

Ahora bien, en cuanto a los requisitos, como se viene diciendo es la SUGEF quien se encarga de verificar su cumplimiento, de acuerdo con la normativa vigente. Sin embargo, los requisitos de inscripción son variables según el tipo de intermediario que se trate. Así por ejemplo, la inscripción y autorización para un banco privado o la de una sociedad financiera, es diferente a la de un banco público, pues las dos primeras funcionan bajo el esquema de una sociedad

anónima, mientras que los bancos públicos (bancos comerciales del Estado), “*son instituciones autónomas de Derecho público, con personería jurídica propia e independencia en materia de administración.*”¹⁴⁴

Los bancos comerciales del Estado, únicamente pueden ser creados o disueltos mediante ley, y la normativa que específicamente les regula es la Ley Orgánica Del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644, en conjunto con alguna ley especial promulgada para su regulación, como es el caso de los bancos creados por leyes especiales, por ejemplo, el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y su ley, además de los reglamentos respectivos a cada entidad bancaria.

De manera que, el sistema bancario nacional “*...se regirá por la presente Ley, la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica y las demás leyes aplicables, así como por los respectivos reglamentos.*”¹⁴⁵ Por otro lado, desde el momento de su creación pasarán a estar bajo el control y la fiscalización de la Superintendencia, tal como lo establece el artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional:

¹⁴⁴ Artículo 2 de la Ley Orgánica Del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 25 de septiembre de 1953 Publicada en La Gaceta No. 219 de 27 de septiembre de 1953.

¹⁴⁵ Artículo 1 de la Ley Orgánica Del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 25 de septiembre de 1953 Publicada en La Gaceta No. 219 de 27 de septiembre de 1953.

“Además de la fiscalización a que estarán sometidos los bancos de Estado, de conformidad con las disposiciones especiales de la Constitución, dichos bancos y los privados quedarán sujetos a la vigilancia y fiscalización permanentes del Superintendencia General de Entidades Financieras, en la forma y condiciones prescritas por la presente ley y por la Ley Orgánica del Banco Central y de acuerdo con las disposiciones pertinentes de los respectivos reglamentos.”¹⁴⁶

Los Bancos Privados por su parte, se encuentran también regulados por la Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, pues están adscritos a este Sistema, de acuerdo con el artículo 1 inciso 6) de la misma ley:

Artículo 1.- *El sistema Bancario Nacional estará integrado por:*

(...)

6) Los bancos comerciales privados, establecidos y administrados conforme a lo prescrito en el Título VI de esta Ley.

¹⁴⁶ Artículo 16 de la Ley Orgánica Del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 25 de septiembre de 1953 Publicada en La Gaceta No. 219 de 27 de septiembre de 1953.

De acuerdo con lo estipulado por la Ley No. 1644, los Bancos Privados *“deberán, necesariamente, constituirse como sociedades anónimas o como uniones o federaciones....”*¹⁴⁷

Además, estarán siempre bajo la supervisión de la SUGEF y únicamente podrán operar cuando esta entidad haya otorgado previa autorización:

*“Ningún banco privado podrá operar sin la autorización expresa de la Superintendencia General de Entidades Financieras, conforme a la normativa que ésta emita al efecto. Esa autorización no podrá ser objeto de traspaso, venta o cesión.”*¹⁴⁸

En cuanto a las sociedades financieras, éstas funcionarán bajo el esquema de sociedades anónimas sujetas a la normativa que emita para el efecto de su inscripción, la SUGEF, además de la Ley Reguladora de Empresas Financieras no Bancarias, Ley No. 5044 y su reglamento, el Decreto No. 19530-H de 6 de marzo de 1990.

¹⁴⁷ Artículo 141 de la Ley Orgánica Del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 25 de septiembre de 1953 Publicada en La Gaceta No. 219 de 27 de septiembre de 1953.

¹⁴⁸ Artículo 142 de la Ley Orgánica Del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 25 de septiembre de 1953 Publicada en La Gaceta No. 219 de 27 de septiembre de 1953.

Estas sociedades son empresas financieras de carácter no bancario y se considerarán como tales toda “persona jurídica cuenta de los bancos u otras entidades públicas o privadas reguladas por Ley especial, que realicen intermediaron financiera en los términos definidos en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Para poder operar como tales, las empresas financieras no bancarias deben constituirse como sociedades anónimas, estar autorizadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras y cumplir con las condiciones establecidas en esta Ley y en la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.”¹⁴⁹

Finalmente es importante denotar, que los requisitos y criterios de inscripción, así como las directrices para el control y fiscalización que son emitidos por la SUGEF, dirigidos a las entidades financieras fiscalizadas, es normativa de acato obligatorio para las mismas, pero sin embargo, pueden ser variadas a criterio discrecional de la Superintendencia:

“En relación con la operación propia de las entidades fiscalizadas y el registro de sus transacciones, la Superintendencia estará facultada para dictar las normas generales que sean necesarias

¹⁴⁹ SECCIÓN II Reformas a la Ley de Regulación de Empresas Financieras no bancarias, N.º 5044. Artículo 163 inciso a) de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, ley No. 7558, Del 3 de noviembre de 1995. Publicado en el diario oficial “La Gaceta” 212, alcance 55, del 27 de noviembre de 1995.

para el establecimiento de sanas prácticas bancarias, todo en salvaguarda del interés de la colectividad.

Para efectos de dictar y aplicar las normas de su competencia, la Superintendencia podrá establecer categorías de intermediarios financieros, en función del tipo, temario y grado de riesgo de esos intermediarios.

Las normas generales y directrices dictadas por la Superintendencia serán de observancia obligatoria para las entidades fiscalizadas.”¹⁵⁰

A manera de conclusión, se dirá que son distintos instrumentos legales los que se deben ser considerados por la SUGEF para otorgar la debida autorización para la práctica de intermediación financiera, ya que los intermediarios financieros, pueden ser de distinta naturaleza jurídica y por tanto, distinta será su regulación legal, como se ha visto.

Por lo tanto, será importante para cada caso en específico, considerar qué clase de intermediario se trata, y así poder determinar los requisitos que

¹⁵⁰ Artículo 119 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, ley No. 7558, Del 3 de noviembre de 1995. Publicado en el diario oficial “La Gaceta” 212, alcance 55, del 27 de noviembre de 1995.

debió de haber cumplido, pero principalmente se deberá considerar el registro de intermediarios autorizados que al efecto lleva la SUGEF.

D.2) Referencias en razón del lugar: inc. b) artículo 157

LOBCCR:

Las referencias de lugar implican que de acuerdo con la descripción implícita en el tipo penal, la conducta típica sólo puede ser cometida en un lugar determinado. Así, si se analiza la descripción del tipo contenido en el inciso b) del artículo 157 que se está estudiando, se puede decir que cuando el texto refiere a que *“Será sancionado, con pena de prisión de tres a seis años, el que: b) Permita o autorice que, **en sus oficinas**, se realicen tales actividades no autorizadas.”*

“En sus oficinas”, es un **elemento de referencia de lugar** que específica que la conducta típica del inciso b) solo puede ser cometida en las oficinas (o locales) de una persona que siendo dueño (propietario u otro título similar de propiedad), permita que se practique intermediación financiera no autorizada.

Lo que se hace indispensable, por tanto, de acuerdo al estudio de este elemento, es que sobre el sujeto responsable de la conducta y el lugar en el cual

se realiza la acción penada (permitir que se practique intermediación financiera no autorizada), debe existir un derecho de propiedad.

También este elemento de referencia, se puede aludir a las oficinas de un intermediario que sí esté autorizado para realizar intermediación financiera. En este caso lo que hace ilícita la conducta, es permitir se realicen actividades no aprobadas por la SUGEF, en las oficinas de quien por su parte, si cuenta con la respectiva autorización, pero que sin embargo, permite que tales actividades de intermediación desautorizadas se lleven a cabo, facilitando con ello la comisión de la acción del inciso a) del mismo artículo (tal punto lo analizaremos más adelante con detalle en la sección del sujeto activo).

Finalmente se debe considerar que el elemento de referencia “oficinas” Cuando se trata de un intermediario autorizado que realiza la acción del inciso b), referirá tanto a las oficinas centrales como a las sucursales con las que cuente la entidad financiera autorizada. Mientras que si se trata de cualquier sujeto que alquile o incluso preste sus oficinas o locales, para que personas no autorizadas por la SUGEF realicen intermediación financiera, bajo este último supuesto, el elemento de referencia es realmente difícil de definir, pues se puede tratar de cualquier espacio físico, capaz de considerarse una oficina, y que es prestado o arrendado para realizar intermediación financiera no autorizada.

E. Sujetos del tipo penal de los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:

Como se verá, los sujetos que se extraen de los incisos a) y b); especialmente los sujetos activos, en conjunto con la acción, son las principales diferencias que se encuentran en los tipos penales de estos incisos, pues con respecto a los demás elementos del tipo penal, se denota que los incisos referidos, comparten su contenido: así por ejemplo, el elemento normativo “intermediación financiera”, la referencia “sin autorización” y el objeto material “recursos financieros”.

En cuanto a los sujetos del tipo en general (activo y pasivo), se dice que la importancia de poder identificarlos correctamente, consiste en la indispensable necesidad de poder individualizar los sujetos sobre los que recaen las consecuencias derivadas de la prohibición.

De manera que, aunque el tipo resulta ser una descripción de una conducta que hace el legislador, con la finalidad de desvalorar esa conducta, y por tanto, imprimirle una prohibición a los individuos que realizan la misma (esto en vista de la existencia de un bien jurídico relevante para el Derecho que merece protección penal), y así por lo tanto, es necesario que el tipo dentro de su

estructura descriptiva, contemple con cuidado los sujetos a los que se dirige la prohibición, además de los sujetos sobre los que recaerá la protección.

Corresponde aquí analizar cuales son los sujetos (personas) que participan en el delito de intermediación financiera no autorizada. Los “sujetos pueden ser activo y pasivo. Sujeto activo es el autor de la conducta típica (...). Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado”¹⁵¹.

Se hace necesario que el sujeto activo sea efectivamente descrito en el tipo, pues se debe poder identificar sobre quien recae la obligación de no realizar la conducta (o de abstenerse de realizarla, según sea el tipo que se trate – activo u omisivo).

Mientras que en el caso del sujeto pasivo, aunque éste puede ser descrito o no, se debe poder identificar quién está siendo protegido por el tipo penal; por lo tanto, lo que si es indispensable con respecto al sujeto pasivo (se encuentre o no descrito) es que el tipo penal se refiera al bien jurídico tutelado, pues del estudio de este último es que se puede extraer, sobre quién recae la protección penal.

¹⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 421.

A continuación se pasará a analizar cada uno de estos sujetos de manera más detallada.

E.1) El sujeto activo.

E.1.1) El sujeto activo en el inciso a) artículo 157 de la LOBCCR:

El sujeto activo en esta conducta se trata de un **sujeto activo indeterminado**, es decir, que cualquier persona puede cometer esta conducta, y no requiere por tanto especificaciones o condiciones para su realización. Este tipo penal es por tanto, lo que en doctrina se conoce como una “*Delicta Comunia*”¹⁵².

Por la descripción que esboza el tipo penal, se entiende en la palabra “el que”, que se trata de un *delicta comunia*, porque verdaderamente cualquier persona, hombre o mujer, está en capacidad de cometer el ilícito; pero es importante destacar que aunque la descripción del tipo necesariamente apunta a un sujeto indeterminado; por tratarse de un acto cometido dentro del mercado financiero, es común mas no indispensable, que el sujeto activo posea ciertas características y habilidades que le permiten realizar la conducta penada.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 421.

Estas habilidades y características se mencionaron al hacer referencia a aquellos posibles rasgos diferenciadores de los delitos financieros; uno de ellos era el sujeto activo que realiza la acción penada, que si bien es un sujeto activo indeterminado; éste en ocasiones puede disponer de determinadas características y habilidades que le facilitan desplegar la acción, tales como, contar con los recursos económicos necesarios para iniciar el negocio de captación, oferta del servicio (que no es un requisito de la actividad, aunque si un recurso importante en su práctica lógica), y en muchos casos una infraestructura mínima, y el personal necesario para operar la estructura del servicio; así como conocimientos técnicos mínimos en contabilidad para efectuar los balances, el control y los registros de las transacciones realizadas; pues recuérdese que la actividad, para ser considerada intermediación financiera debe realizarse de manera habitual.

Es importante denotar, que de acuerdo al estudio que previo se ha hecho de la actividad legal de intermediación financiera; ésta es una actividad que puede ser desarrollada tanto por personas físicas como personas jurídicas.

Ahora bien, decir que una persona jurídica puede realizar actividades de intermediación financiera; no equivale a decir que como tal, realiza la conducta (acción) penada, pues eso constituiría en caer en la vieja discusión, de si las acciones antijurídicas pueden ser realizadas por una persona jurídica.

Al respecto se debe considerar que la conducta penada es una acción material, en donde la persona jurídica, dada su condición de inmaterialidad (y al ser más bien una ficción jurídica del Derecho), no puede realizar. Por lo tanto, solo pueden ser sujetos activos del delito de intermediación financiera no autorizada, – tanto en las acciones del los incisos a) y b) – personas físicas, aún y cuando lo realicen mediante personas jurídicas, lo cual es muy común en la práctica actual del mercado financiero.

En resumen se tiene que para el delito de intermediación financiera no autorizada del artículo 157 inc. a), los sujetos activos son los siguientes:

Cuadro No. 2

El Sujeto activo del tipo penal artículo 157 inciso a) LOBCCR	
(Siempre será una persona física, pues nuestro ordenamiento penal no permite responsabilizar a personas jurídicas por un delito, sin embargo, puede tratarse de una persona que realiza la acción directamente o por interpuesta persona –a través de una persona jurídica –)	
Persona física que realiza directamente la captación de recursos y los dedica a actividades de crédito y que tiene dominio del hecho.	Sujeto activo indeterminado
Representante o apoderado legal en caso de que los hechos hayan sido cometidos por una personas jurídica.	

E.1.2) El sujeto activo en el inciso b) artículo 157 de la LOBCCR:

En el caso del inciso b), como ya se mencionó, la acción y el sujeto activo representan las mayores diferencias con respecto del tipo penal del inciso a); pues resulta ser que estas dos acciones totalmente distintas una de la otra, realizadas por sujetos activos igualmente distintos, producen la misma afectación al bien jurídico y su titular. Ésta es la principal razón de la penalización de estas dos acciones, ya que ambas encausadas, son una manera distinta de afectar un mismo bien jurídico de relevancia para el Derecho.

Ahora bien, si se analiza la acción del inciso b), es debido enfocarnos sobre qué persona recae la prohibición. En este caso el inciso b) menciona: *“al que permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas”*, se ve que el sujeto activo tal como es descrito, resulta ser **indeterminado** pues cualquier persona puede cometer la conducta punida. Sin embargo, la misma acción imprime ciertas características que el sujeto debe presentar para tener a la conducta como subsumida en el tipo.

En primer lugar, debe poseer un derecho real sobre el bien inmueble (la propiedad) en la cual se están realizando las actividades no autorizadas de intermediación financiera. Por lo tanto, quien consienta o permita tales acciones, debe ser propietario, usufructuario o cualquier derecho de propiedad similar que le permita disponer de tal manera sobre el inmueble.

Además, no es requerido que el sujeto activo de este tipo penal, facilite el inmueble en razón de un contrato de alquiler, pues bien puede tratarse que las instalaciones se estén cediendo en razón de un simple contrato de comodato, es decir que el arrendante “presta” sin finalidad de lucro las instalaciones para realizar intermediación financiera no autorizada. Basta por tanto, únicamente el consentimiento por parte del propietario, y que tenga además conocimiento de que las actividades de intermediación financiera que se están realizando en sus locales no están autorizadas por la SUGEF.

Por otro lado, cuando un arrendatario permite que en las oficinas que arrienda, se realicen tales acciones desautorizadas; (éste puede ser el caso de un intermediario financiero **autorizado**) es destacable que el derecho posesorio del arrendatario sobre el inmueble, le confiere la condición necesaria para convertirlo en sujeto activo del inciso b) del artículo 157; basta en este caso, que cuente con un derecho posesorio sobre el inmueble, y en vista del mismo, consienta que se realicen las acciones del inciso a) del supra referido artículo.

Es muy importante señalar que este tipo penal – inciso b) del Art. 157– es un tipo doloso, por lo tanto, se impone la necesaria existencia del conocimiento de realización de la conducta punida. De lo contrario, si fuese culposo, se estaría recargando de una responsabilidad penal excesiva a cualquier persona que alquile un local, pues quiere decir que podría ser sujeto del tipo penal, cualquier arrendante que no aplique el “necesario deber de cuidado” para “controlar” que ningún arrendatario realice actividades desautorizadas en sus locales.

Es decir, que bajo este supuesto, quienes se dediquen a la actividad de alquiler de locales comerciales, fungirían como garantes para que estas conductas no se presenten en nuestro país; y ésta como se sabe, es la función encomendada a la Superintendencia según el artículo 156 de la LOBCCR, que ya se ha estudiado páginas atrás, y por lo tanto esta función no se le puede trasladar

mediante el recargo de una responsabilidad penal objetiva, a las personas que se dediquen al alquiler de locales.

Es importante agregar además, que el párrafo final del artículo 157 de la LOBCCR, impone para el sujeto activo del inciso b), la responsabilidad civil de responder solidariamente por los daños y perjuicios que se causen por haber permitido tales actividades desautorizadas, **siempre y cuando se trate de un agente del mercado financiera** que se encuentre bajo la supervisión de la SUGEF, por lo que **puede ser cualquier agente del mercado contemplado en el artículo 117 de la LOBCCR.**

Los agentes del mercado que sí están autorizados a realizar sus actividades por parte de la SUGEF, cuentan con las condiciones necesarias para potenciar que en sus locales se practiquen actividades desautorizadas de intermediación financiera. Sin embargo, es indispensable que el agente autorizado – posible sujeto activo del inciso b) – cuente con el conocimiento de que se están realizando tales actividades, y dé para ello su consentimiento; pues el artículo 157, no es un tipo penal culposo.

Se debe, por tanto, demostrar necesariamente el dolo sobre este sujeto activo, para sí poder atribuirle la tipicidad a su conducta, además de la responsabilidad civil solidaria de pagar los daños y perjuicios, pues es un sujeto

que al contar con la autorización para operar, y por tanto, al contar con todos los elementos necesarios para que la misma se realice de una manera óptima; tales circunstancias podrían potenciar la oportunidad para que una persona que no cuente con la debida autorización, capte y canalice parte de los recursos, (que se suponen debería percibir el intermediario que sí está autorizado) y los dedique por su cuenta y riesgo a actividades de crédito.

E.2) El sujeto pasivo regulado en los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:

Sobre el sujeto pasivo dijimos ya, que éste es quien figura como titular del bien jurídico tutelado. Muchas veces puede suceder que éste, ni siquiera está descrito dentro del tipo penal, dado que “el sujeto pasivo en la conducta, puede no ser sujeto pasivo del delito”¹⁵³, de manera que el titular del bien jurídico tutelado por el tipo, no es precisamente sobre quien recae la acción.

Así, la mejor manera de determinar al sujeto pasivo en el análisis de cualquier tipo penal, es preguntarse no quien sufre las consecuencias materiales

¹⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Ibidem*.

de la acción, sino, quien sufre el perjuicio jurídico que se pretende prevenir con la prohibición penal. Por ejemplo, en el delito de estafa, puede suceder que quien percibe la consecuencia material de la acción (es objeto directo del engaño) no sea el titular del bien jurídico afectado por la acción (propiedad), sino que es un simple apoderado.

De acuerdo con lo dicho, es posible que un tipo penal no especifique literalmente al sujeto pasivo sobre el que recae la protección penal, pero lo que sí se hace indispensable, es que se refiera al bien jurídico tutelado, lo cual permitirá identificar al sujeto pasivo.

En el caso del delito de intermediación financiera no autorizada de los incisos a) y b) del artículo 157, se tiene que el sujeto pasivo no es descrito por el legislador, e incluso pareciera que no se describe el bien jurídico que se pretende proteger, pues del análisis literal del tipo, se extrae que únicamente se describe al sujeto activo (indeterminado) y la conducta prohibida. De esta manera, ¿cómo es posible precisar cuál es el sujeto pasivo de la acción?, es decir, ¿quién es el titular del bien jurídico tutelado, si pareciera que el legislador no describe a este último?

En este caso, se debe considerar los elementos que se han estudiado anteriormente, y con relación a este tipo penal, para que así se pueda identificar con precisión cuál es la acción prohibida, y la afectación que se causa sobre los

bienes materiales por parte de la conducta del sujeto activo. De esta manera, se puede definir cuál es el bien jurídico que se intenta proteger, y quién es su titular, es decir, el sujeto pasivo del tipo penal.

Sobre el bien jurídico en el delito de intermediación financiera no autorizada, se ha discutido en doctrina suficientemente sobre si se trata de protección al “orden económico o la estabilidad del sistema financiero”, en apego a lo que establece el artículo 119 de la LOBCCR *“con el propósito de velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional, la Superintendencia ejercerá sus actividades de supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera...”*. O si se trata por el contrario de la protección del “ahorro del público”.

Es evidente que de la misma acción, se está generando un daño sobre dos bienes jurídicos de relevancia para el Derecho, ambos bienes han sido considerados por la normativa constitucional y legal; como objetos necesarios de protección. Así por tanto, en el delito de intermediación financiera no autorizada, se presenta una **dualidad de bienes jurídicos tutelados**, tesis que se expondrá con mayor detenimiento en la Sección B de este capítulo al hablar del bien jurídico. Sin embargo, por el momento diré que al presentarse esta dualidad de bienes jurídicos tutelados, existe igualmente una dualidad de sujetos pasivos en el

tipo penal, los cuales se deducen en relación con la disponibilidad que se tiene sobre ambos bienes, de manera que:

El primer bien jurídico que se propone para este delito, es *la protección del ahorro del público*, y por tanto el sujeto pasivo de tal bien (quien tiene la disponibilidad sobre el mismo) es el **público ahorrador** que se podría ver afectado por la lesión (pérdida de recursos), o puesta en peligro de los mismos (de su ahorro). El segundo bien jurídico que se propone es *la protección a la estabilidad del sistema financiero*, y sobre tal bien, quien posee la disponibilidad es **el Estado**.

Existen así, para el delito en estudio dos sujetos pasivos:

1. El público ahorrador, y
2. El Estado.

Título II.

Estudio del aspecto subjetivo en el delito de intermediación financiera no autorizada.

Se ha dicho anteriormente que el estudio de todo tipo doloso (como los descritos en el artículo de marras), tienen una parte objetiva, que permite diferenciar la conducta de acuerdo con los aspectos externos de la misma, es decir, todos los aspectos que se acaban de estudiar en el título anterior; y tienen además una parte subjetiva, que relaciona la conducta con aquellos aspectos internos del individuo.

“El tipo doloso implica siempre la caución de un resultado (aspecto externo), pero se caracteriza porque requiere también la voluntad de causarlo (aspecto interno). Esa voluntad de resultado es el dolo (...) El aspecto externo del tipo doloso es decir, la manifestación de la voluntad en el mundo físico requerida por el tipo, se llama aspecto objetivo del tipo legal, o, más bien, tipo objetivo. Al aspecto interno, es decir, la voluntad misma, se llama aspecto subjetivo del tipo legal, o, más brevemente, tipo subjetivo.”¹⁵⁴

A continuación se pasará a estudiar el aspecto subjetivo del tipo penal contenido en el artículo 157 de la LOBCCR.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 418.

A. El dolo en el delito de intermediación financiera no autorizada: incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:

En nuestro ordenamiento penal, se define el dolo de la siguiente manera:

*ARTÍCULO 31.- Obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola a lo menos como posible.*¹⁵⁵

Por otro lado, es definido por la doctrina como “el elemento nuclear y principalísimo del tipo subjetivo (...) es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto”¹⁵⁶

Sin embargo, su autor para poder llevar a cabo la conducta debe de tener conocimiento sobre la misma, y tener los conocimientos necesarios para

¹⁵⁵ Código Penal. Ley No. 4573. República de Costa Rica.

¹⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Pág. 428.

llevarla a cabo, pues “todo querer presupone un conocer”¹⁵⁷, este conocimiento es el que guía a la voluntad hacia la consecución del resultado.

Los tipos dolosos siempre van a necesitar de una congruencia entre su parte objetiva y subjetiva, de manera que “hay tipos dolosos que demandan que esta congruencia sea simétrica, es decir que el tipo subjetivo contenga solo el querer de la realización del tipo objetivo; hay otros tipos dolosos en que la congruencia es asimétrica, porque exige algo más que la simple realización del tipo objetivo (algo más que el dolo)... son los llamados elementos subjetivos distintos del dolo”¹⁵⁸

Con respecto al tipo penal en estudio, se dice que las dos conductas; tanto la contemplada en el inciso a) como en el b), son tipos dolosos simétricos, pues únicamente basta para su realización el querer la realización de la conducta típica, es decir:

- Practicar intermediación financiera sin contar con la debida autorización,

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 427.

- Permitir que en sus oficinas se practique intermediación financiera sin contar con la debida autorización.

No existen pues elementos subjetivos adicionales distintos del dolo que se pueden encontrar en estudio del tipo penal, y por lo tanto, es irrelevante si el sujeto activo, quería realizar la intermediación financiera desautorizada, para lograr otro fin distinto a la conducta en sí, por ejemplo, si quería ahorrarse el dinero, o el trabajo que toma cumplir con los requisitos de autorización e inscripción, tales como el costo de inscripción de una sociedad anónima ante el Registro de Mercantil, etc. No es necesario, para la configuración subjetiva de este tipo, que el sujeto activo tenga una intención final distinta de la realización de la conducta, basta con que tenga la voluntad de querer realizarla, no interesa por tanto, *para qué* quería realizarla.

Lo importante para la existencia de la conducta típica, es que se dé el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal (realizar o permitirse que se realicen actividades de intermediación financiera, sin contar con la debida autorización de la Superintendencia) y el querer tal resultado.

Se requiere por tanto, en primer lugar el conocimiento de la conducta que se realiza (aspecto cognoscitivo del dolo) y en segundo lugar el querer mismo de esa conducta (aspecto conativo del dolo).

Elimina el dolo la concurrencia de algún error en el conocimiento del tipo, es decir un *error de tipo*, lo cual se define como “el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo”¹⁵⁹.

Es decir, que hay tipicidad subjetiva en el delito en estudio, cuando se prestan efectivamente servicios de intermediación financiera sin contar con la autorización debida, o un intermediario autorizado permite que se presten tales servicios en sus oficinas. Pero tal tipicidad desaparece, cuando hay una falta de conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, ya que por ejemplo, el intermediario autorizado no sabía que en sus oficinas un grupo de empleados, estaba captando recursos financieros del público, para invertirlos por cuenta y riesgo propio en proyectos de inversión en Bolsa.

O bien, sería igualmente *error de tipo* si el conocimiento que se tiene sobre los aspectos objetivos es erróneo, por ejemplo, una persona que está realizando servicios de intermediación financiera, y que por falso conocimiento creía hacerlo con autorización de la SUGEF, y tal autorización no se concretó correctamente.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 436.

En ambos casos, no existe querer de la realización de la conducta objetiva, pues no hay conocimiento efectivo sobre los elementos objetivos del tipo: en el primer ejemplo, no se quería permitir que los empleados captarán recursos del público, sino que faltaba en su totalidad el conocimiento de que lo estaban haciendo. En el segundo ejemplo, no se quería realizar intermediación financiera sin la autorización de la SUGEF, sino que se pensó que ya se contaba con esta autorización, había pues un error en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

Y así, “no habiendo querer de la realización del tipo objetivo, no hay dolo y por ende la conducta es atípica. Son casos en los que hay tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva, porque falta el dolo.

Dolo es querer la realización del tipo objetivo; cuando no se sabe que se está realizando un tipo objetivo, no puede existir querer y, por ende, no hay dolo: ese es el error de tipo.”¹⁶⁰

¹⁶⁰ *Ibíd.*

B. Exclusión de la culpa del delito de intermediación financiera no autorizada: incisos a) y b) del artículo 157 de la LOBCCR:

La culpa por su parte – distinto a la culpabilidad – consiste en la falta a un deber de cuidado que se le ha encomendado al sujeto activo. En este caso, lo que se pena no es la finalidad, pues ésta, es decir el resultado que se pretende, puede ser totalmente distinta del resultado que se logra, ya que el resultado (mutación física en el mundo material) “es un 'componente al azar' que responde a la propia función garantizadora – función política – que debe cumplir el tipo en un sistema legal.”¹⁶¹

Así, lo que se pena en los delitos culposos no es la finalidad, ni la voluntad de querer lograr la conducta, como si ocurre con los tipos dolosos, tal como se analizó más atrás; en un tipo culposo lo que se está penando es la selección de los medios para lograr obtener el resultado – independientemente de si éste es lícito o ilícito – pues cuando estos medios resultan ser imprudentes, negligentes o faltos de pericia, pueden ocasionar una lesión o puesta en peligro, del bien jurídico.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 457.

El deber de cuidado que se le impone al sujeto activo, es un componente normativo del tipo objetivo culposo. Por tanto, se deben examinar los componentes explícitos que conforman la descripción del tipo, para así poder considerar si el sujeto activo está subordinado a algún deber de cuidado que lo compele a no ocasionar una lesión, o puesta en peligro, a un bien jurídico mediante un accionar (activo u omisivo) determinado con negligencia, imprudencia o impericia; pues si sus acciones son realizadas de esta manera, y le llevan a provocar una lesión o puesta en peligro, a un bien jurídico, se estaría violentando esa obligación de guardar el deber de cuidado.

Sin embargo, y de importancia para esta investigación, es denotar que los deberes de cuidado se deben de encontrar establecidos en la ley, y por lo tanto, solo son típicas las conductas culposas que están establecidas como tales en la parte especial de la legislación.

Esto precepto lo establece el artículo 34 de nuestro Código Penal al decir que:

*“No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, **si el error proviene de culpa,***

el hecho se sancionará solo cuando la ley señale pena para su realización a tal título". (El texto resaltado no es original)

De manera que, si se quisiera concluir que existe algún deber de cuidado que se le puede atribuir a los sujetos activos del tipo del artículo 157 de la LOBCCR, se debe tener cuidado en determinar, si éste como elemento normativo, se encuentra implícito en la norma. Al respecto, debo apuntar que del análisis de las conductas: "realizar" y "permitir", además de los elementos objetivos con que el legislador acompañó a la conducta de referencia, no se denota que ningún sujeto esté obligado a cumplir con el deber de cuidado, especialmente el sujeto del inciso a).

Por otro lado, en cuanto a la conducta descrita en el inciso b), ésta es la que con mayor probabilidad puede crear confusión en cuanto a si se trata de un tipo doloso o culposo. Sin embargo, al momento de analizar esta conducta, y determinar si el sujeto activo del inciso b); está sujeto o no, a cumplir con el deber de cuidado para que en sus oficinas, no se practiquen actividades de intermediación sin autorización, se debe considerar además, que si este tipo fuese culposo, el deber de cuidado debería estar explícitamente descrito en esa norma.

A manera de ejemplo, la descripción que se podría encontrar en caso de que fuese un tipo culposo sería la siguiente: "*Será sancionado, con pena de*

*prisión de tres a seis años, el que: b) **Por negligencia, imprudencia o impericia** permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.*” Sin embargo, la actual descripción lo que denota es un tipo doloso, y por consiguiente, necesariamente se debe probar tanto el conocimiento de los elementos el tipo objetivo, como el querer realizar la conducta.

SECCIÓN B

La antijuridicidad del delito de intermediación financiera no autorizada.

Seguidamente se pasará a estudiar la antijuridicidad del delito de intermediación financiera no autorizada, que se encuentra en los incisos a) y b) del artículo 157 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica.

De acuerdo con la doctrina, la antijuridicidad consiste en la oposición o “choque de la conducta con el ordenamiento jurídico, entendido no solo como un orden normativo (antinormatividad) sino como un orden normativo y de preceptos permisivos”¹⁶². Es decir, que no solo se debe verificar que la conducta que es típica, sea también antijurídica en cuanto contravenga todo el ordenamiento jurídico (antinormatividad) y a su vez no cuente con una causa de justificación para ello (preceptos permisivos).

La antijuridicidad es pues, el siguiente paso a constatar, una vez que se ha realizado el juicio de tipicidad; es decir, una vez que se ha verificado que existe tipicidad objetiva y subjetiva.

“El término antijuridicidad expresa la contradicción entre la acción realizada y las exigencias del ordenamiento jurídico. A diferencia de lo que sucede

¹⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 512.

con otras categorías de la teoría general del delito, la antijuridicidad no es un concepto específico del Derecho penal sino un concepto unitario, válido para todo el ordenamiento jurídico, aunque tenga consecuencias jurídicas distintas en cada rama del ordenamiento.

El Derecho penal no crea la antijuridicidad sino que la selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (función indiciaria de la tipicidad); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuridicidad.”¹⁶³ Si no concurre ninguna de estas causas, se tiene lo que se conoce en la ciencia jurídico penal, como *injusto penal*.

Ahora bien, la sola contradicción al ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como antijuridicidad formal, pero tiene además que presentarse necesariamente una ofensa a un bien jurídico de relevancia para el Derecho y configurar así la antijuridicidad material. “La esencia de la antijuridicidad es por

¹⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 83.

consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la acción”¹⁶⁴.

Por tanto, lo que se va a hacer a continuación para definir de qué manera el delito de intermediación financiera no autorizada, (ya sea cometido mediante la acción del inciso a), o la acción del inciso b), del artículo), puede llegar a constituirse en una conducta típica y antijurídica – en un injusto penal –; es analizar el bien jurídico que estas acciones pueden llegar a afectar.

¹⁶⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 84.

Título I.

El bien jurídico tutelado en el delito de intermediación financiera no autorizada.

Se ha dicho ya, que el bien jurídico alcanza una posición fundamental en el proceso de penalización de toda conducta. Esto por cumple con dos funciones:

- **En primer lugar cumple una función fundamentadora:** Pues su existencia justifica la aplicación de la pena sobre una conducta, y por tanto justifica a la vez, el ejercicio del poder punitivo.

- **En segundo lugar cumple una función limitadora:** Pues restringe a la política criminal, como proceso seleccionador de conductas para someter al *ius punendi*, para que así, su alcance llegue únicamente a la punición de conductas que lesionan un bien jurídico de relevancia para el Derecho, y no pueda exceder más allá.

El bien jurídico, por tanto, no es un concepto en abstracto, si no más bien un objeto real (y no necesariamente material) que se refiere sobre todo al concepto de disponibilidad que existe entre el objeto y el sujeto. Es este presupuesto, de que el sujeto legítimamente puede disponer sobre el bien, lo que

permite conceptualizar al bien jurídico en el plano de la realidad, y permite además resaltar la verdadera importancia de su protección.

Se define de esta manera al bien jurídico tutelado, como aquel objeto que merece protección penal para el ser humano, en razón de la disponibilidad que ese sujeto tiene sobre el objeto frente a la sociedad. Y en razón de conservar la armonía de esa relación, es que se despliega el poder del Estado mediante el *ius punendi* para imponer una sanción a quien lesione esa relación que se pretende armónica.

Por otro lado, se adelantó en la Parte B.1 del Título II del Capítulo II: La política criminal ante el delito de intermediación financiera no autorizada en Costa Rica; cuales son los bienes jurídicos que consideramos regulados dentro de la normativa penal para los delitos financieros, los cuales se encuentran estipulados en la sección IV del Capítulo IV de la Ley No. 7558.

En esa oportunidad, se consideró que los delitos financieros están orientados a proteger tres bienes jurídicos:

- La estabilidad del sistema financiero

- El ahorro del público y,

➤ La confianza del público en el sistema financiero.

Ahora bien, nuestras consideraciones sobre cuál resulta ser en específico el bien jurídico afectado por las conductas descritas en el artículo 157, se habrá de concluir que fueron varias las razones para penalizar esta conducta, razones todas con peso suficiente, para propulsar en 1995, una reforma integral la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, de manera que se cambió sustancialmente el sistema de regulación de esta actividad. Así por lo tanto, en vista de estos cambios importantes, se agregó la sanción privativa de libertad (máxima sanción con que cuenta el Estado) cuando mediante el ejercicio desautorizado de la intermediación financiera, se **lesione o ponga en peligro 1. El ahorro del público inversionista, y 2. La estabilidad del Sistema Financiero.**

En este sentido, manifiesta SALGADO RODRÍGUEZ: “El bien jurídico protegido en este delito, ha sido tema de gran discusión. Parte de la doctrina ha encontrado ese bien jurídico en el aseguramiento de la solvencia y solidez de los intermediarios financieros, con el fin de proteger la estabilidad del sistema y en propiciar el funcionamiento correcto de las fuerzas competitivas del mercado financiero.

La tesis mayoritaria sostiene que el principal bien jurídico tutelado en la regulación o fiscalización de la intermediación financiera es la protección al consumidor –entendido como público ahorrador-, contra riesgos excesivos de pérdidas que puedan surgir de fracasos, fraude o cualquier comportamiento oportunista por parte de los oferentes de servicios financieros.”¹⁶⁵

Considero que el delito de intermediación financiera no autorizado del artículo 157 de la LOBCCR, es un **delito pluriofensivo**, pues con una misma acción se está causando una lesión a dos distintos bienes jurídicos, sea la estabilidad del sistema financiero y el ahorro del público. Tal tesis encuentra sustento en la interpretación de los artículos 46, de la Constitución Política, y artículos 115 y 117 de la LOBCCR.

Así, se ve que el artículo 46 de la Constitución Política, sobre el cual ya se ha hecho referencia en el Capítulo I de este trabajo, menciona en su párrafo quinto que, *“Los consumidores y usuarios tienen Derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.”*

¹⁶⁵ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. Op. Cit. Pág. 11.

Además, del artículo el artículo 115 de la LOBCCR, establece la existencia de un interés público que promueve la regulación de tal actividad, “**Es de interés público la fiscalización de las entidades financieras del país, para lo cual se crea la Superintendencia General de Entidades Financieras...**”. Además, el Art. 117 de la LOBCCR, que también se ha mencionado ya en este trabajo, se menciona que “**con el propósito de velar por la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional, la Superintendencia ejercerá sus actividades de supervisión y fiscalización sobre todas las entidades que lleven a cabo intermediación financiera...**”. Como se ve, se desprende de estos tres artículos que el interés en la regulación (administrativa y penal) de la intermediación financiera en nuestro país, se deriva de una doble intención:

- En primer lugar, la **protección de los intereses económicos de los consumidores** (ahorradores).

- En segundo lugar, de **la protección de la estabilidad del sistema financiero**, dado que esta estabilidad tiene una relación directa con el sano desarrollo de los intereses económicos de los habitantes. En otras palabras, no se puede lograr una adecuada protección de estos intereses, dentro de un sistema financiero débil e inestable, y de ahí deriva el interés de su protección.

Es de esta manera, que a diferencia de la doctrina predominante¹⁶⁶, la cual sostiene que el máximo fundamento para promover la penalización de esta conducta, reside en la necesaria protección al público inversionista; en esta investigación se propone que el delito de intermediación financiera no autorizada, es un **delito pluriofensivo**, en tanto que con una misma acción se lesionan dos bienes jurídicos diferentes, aunque intrínsecamente relacionados, los cuales según se desprende de la normativa constitucional y legal costarricense, fue intención del legislador proteger mediante la creación de este tipo penal, y que fueron además los principales fundamentos que promovieron la reforma integral de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en 1995.

Sobre la pluriofensividad se ha dicho por la jurisprudencia nacional que *“Muchos tipos penales tutelan diversos bienes jurídicos fundamentales, a pesar de que el legislador toma sólo uno de esos bienes -generalmente el que mayor se agrade con la conducta punible- para clasificarlos en el Código Penal. Pero esa clasificación no descarta la pluralidad de ofensas.”* (Sentencia Número 552, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a las nueve horas diez minutos del ocho de octubre de 1993).

¹⁶⁶ SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena.(Costa Rica) MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo y otros. (Costa Rica), además de RECIO, José. y VILLER, Julio. (Argentina).

De manera que, aunque el legislador considerara de mayor importancia la protección al público ahorrador, como fundamento para promover la protección penal de la intermediación financiera no autorizada; la protección a la estabilidad del sistema financiero no puede perder importancia como parte de los bienes jurídicos tutelados con esta reforma, pues ambos bienes tienen intrínseca relación, de manera que es necesario protegerlos a ambos.

Título II.

El resultado material del delito de intermediación financiera no autorizada y la afectación que este causa al bien jurídico tutelado.

Cuando hablamos del resultado material de los delitos financieros en general, se dijo que las consecuencias patrimoniales provocadas por los delitos financieros son de grandes proporciones económicas y sociales. Esta es una de las características determinantes para los delitos económicos, y por tal, de los delitos financieros.

Es decir, que estos delitos producen una afectación que se puede considerar de grandes proporciones, al afectar a una cantidad considerable de individuos que sufren pérdidas económicas directas (los ahorradores), pero la afectación patrimonial incluso resulta ser mucho más amplia que la pérdida de patrimonio por parte de un determinado sector superavitario.

Paralelo a estas pérdidas directas de recursos que sufre el público ahorrador, los demás agentes del sistema financiero pueden verse igualmente afectados en diferentes maneras, por ejemplo, aquellas entidades deficitarias que requerían del crédito de recursos para el desarrollo de sus propias actividades de producción, se encontrarán con carencia para obtener los mismos; por otro lado, los demás ahorradores (aquellos que no se han visto directamente afectados)

podrían sufrir de una pérdida de confianza en el sistema financiero, y esto a su vez puede acarrear problemas graves como el pánico financiero y fugas masivas de recursos de otros intermediarios. Es por estas razones que se dice que las consecuencias patrimoniales de los delitos financieros, resultan ser de proporciones económicas y sociales relevantes.

Ahora bien, estas consecuencias patrimoniales que se han descrito, son contempladas para los delitos financieros en general, y si bien, pueden concurrir para el delito de intermediación financiera no autorizada, no quiere decir, que la simple comisión del delito de intermediación financiera sin contar con la debida autorización, provoquen *per sé* estas consecuencias patrimoniales nefastas.

A decir verdad, la consecuencia patrimonial del delito de intermediación financiera no autorizada, puede ser muy distinta a la anteriormente descrita para los delitos financieros en general; si bien ésta puede ser una consecuencia patrimonial *posible*; puede ocurrir también que con la comisión del delito no se provoque una lesión negativa al patrimonio del público ahorrador. Lo cual no quiere decir, que no se provoque una afectación al bien jurídico, pues para que las conductas del tipo penal – inc. a) y b) del artículo 157 – sean consideradas como ilegales necesariamente deben estar acompañadas de la ausencia de la autorización estatal, pero no de una afectación negativa (en términos financieros) hacia el ahorro del público. Por lo tanto, el daño o la lesión no son indispensables

para la antijuridicidad de la conducta, lo que si es indispensable es que exista una puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por el tipo penal.

Por lo tanto, la afectación patrimonial negativa, (vista como las pérdidas de recursos del público ahorrador) no se produce obligadamente por la práctica de intermediación sin contar con la debida autorización, si bien ésta puede potenciar este resultado, no se puede decir que el mismo sea siempre una consecuencia directa y necesaria de la acción.

Entonces, si la consecuencia patrimonial del daño, sea positiva o negativa, es totalmente independiente de la condición de antijuridicidad de la conducta, pues ésta igualmente afecta un bien jurídico, es necesario preguntarse entonces de qué manera se produce esa afectación, puesto que el legislador, consideró que desplegar (o permitir) la conducta sin contar con la debida autorización, produce la afectación a un bien jurídico, evidentemente prescindió del resultado dañoso, pues lo que consideró relevante, es que con la acción prohibida, se potencie crear una lesión al bien jurídico, es decir, es una puesta en peligro del bien jurídico.

En este caso, se está hablando de que el delito de intermediación financiera no autorizada, descrito en los incisos a) y b) del artículo 157 de la LOPBCCR **es un delito de peligro.**

Por lo tanto, “la ofensa al bien jurídico, que constituye la esencia del juicio de antijuridicidad, puede constituir en una *lesión* o en una puesta en *peligro* de dicho bien jurídico. La lesión del bien jurídico es un concepto normativo. Por tal no solo debe de entenderse la destrucción o el daño de un objeto material, sino también las ofensas inferidas a bienes jurídicos de tipo ideal que no tienen un sustrato material. (...) Normalmente, la forma consumada de los tipos delictivos contiene una lesión del bien jurídico protegido en dicho tipo. Junto a la lesión, en el Derecho penal se castiga también la *puesta en peligro* de bienes jurídicos. El peligro es un concepto también normativo en la medida en que descansa en un juicio de probabilidad de que un determinado bien pueda ser lesionado por el comportamiento realizado, aunque después de esa lesión el hecho no se produzca.”¹⁶⁷

De esta manera, y si bien con la acción se puede provocar o no, un resultado lesivo para el bien jurídico, se considera que es antijurídica cuando la conducta es desplegada de manera que se pone en peligro los bienes jurídicos ahorro y estabilidad del sistema financiero; pues al no contar con la debida autorización, se está también prescindiendo de los controles y fiscalizaciones que nuestro ordenamiento considera necesarios de aplicar a aquellas personas que realizan intermediación financiera en nuestro país, y por lo tanto, también se

¹⁶⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 85.

dificulta aplicar medidas preventivas y correctivas *ex ante*, que prevengan una crisis financiera de un intermediario.

Ahora bien, es importante denotar que si con la acción “captación” o “permisión de tal captación”, no se ha puesto en peligro de los bienes jurídicos tutelados, pues la entidad realizó las debidas diligencias y correctas prácticas financieras, consiguiendo además resultados positivos tanto para la entidad intermediaria, como para el público ahorrador, parece claro, que no es posible hablar de una lesión o puesta en peligro, y lo que corresponde por tanto, es manejar el caso en vía administrativa y no penal.

SECCIÓN C

La culpabilidad en el delito de intermediación financiera no autorizada.

A continuación se pasará a analizar la tercera fase del estudio del delito de intermediación financiera no autorizada, el cual consiste en análisis de la culpabilidad del autor de la conducta. Este análisis es el tercer paso que se sigue, de acuerdo con la estructura de la teoría general del delito, y luego de haber confirmado que la conducta es típica (tanto en su aspecto objetivo como subjetivo), y antijurídica pues afecta, un bien jurídico con relevancia para el Derecho, lesionándolo o poniéndolo en peligro, con lo cual se configuró el *injusto penal*.

La culpabilidad por su parte, es definida por la doctrina como la reprochabilidad que se le hace del injusto al autor, pues éste no se motivó en la norma, cuando esto le era exigible bajo las circunstancias en que le hizo y además podía hacerlo. Con esto el autor muestra una disposición interna contraria a Derecho.

Es importante considerar en este punto, que el principio de culpabilidad exige que para que se pueda reprimir con pena, la comisión de una conducta; ésta se debe ser reprochable para su autor. Tal como lo establece el artículo 30 de nuestro Código Penal:

No hay pena sin culpa

ARTÍCULO 30.- Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención.

“La culpabilidad debe fundarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse. (...) la culpabilidad solo puede edificarse sobre la base antropológica de la autodeterminación como capacidad del hombre. Cuando se suprime esa base desaparece la culpabilidad...”¹⁶⁸

Para conformar la culpabilidad existen ciertos elementos que deben concurrir conjuntamente para poder penar la conducta, ya que la carencia de algunos de estos tres elementos elimina la culpabilidad del individuo, aún y cuando la conducta es típica y antijurídica. A saber son tres estos elementos:

1. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad:

Este elemento se basa en las capacidades físicas y psíquicas y mínimas requeridas por el ordenamiento, para poder ver motivados sus actos con respecto de los mandatos normativos. Un ejemplo común de la capacidad de imputabilidad

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 550.

en nuestro ordenamiento son los menores de edad o las personas declaradas incapaces.

Así, “quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir graves alteraciones psíquicas, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que éstos sean típicos y antijurídicos. El concepto de imputabilidad o de capacidad de culpabilidad, es pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, éste pueda responder de ellos.”¹⁶⁹

2. El conocimiento de la antijuridicidad:

El conocimiento de la antijuridicidad es uno de los principales elementos de la culpabilidad. La cual consiste en el conocimiento de que la ilicitud de la acción que se comete.

“Lógicamente la atribución que supone la culpabilidad solo tiene sentido frente a quien conoce que su hacer está prohibido. La función motivadora de la norma penal solo puede ejercer su eficiencia a nivel individual si el individuo en

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 129.

cuestión, autor de un hecho prohibido por la ley penal (por tanto típico y antijurídico), tenía conciencia de la prohibición, pues, de lo contrario, éste no tendría motivos para abstenerse de hacer lo que hizo.”¹⁷⁰

Sin embargo, se considera que no es necesario, de acuerdo con la doctrina; que se conozca el contenido exacto del tipo penal en donde se localiza la prohibición en cuestión, “basta que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido y que es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia”¹⁷¹. Pero estos motivos suficientes para tener conocimiento, más que ser un conocimiento potencial intrínseco del individuo, se debe al proceso de socialización normal al que los individuos son expuestos, pero “solo en la medida en que se dé la internalización de los mandatos normativos y el proceso de socialización no se encuentre alterado (analfabetismo, subcultura etc.), podrá plantearse el tema del conocimiento de la antijuridicidad.”¹⁷²

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 143.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 144.

3. La no exigibilidad de otra conducta:

La cual está relacionada a una exigibilidad objetiva, normal o general. “Más allá de esta exigibilidad normal, el ordenamiento jurídico no puede imponer el cumplimiento de sus mandatos. (...) Junto a esta exigibilidad objetiva, existe una exigibilidad subjetiva o individual, que se refiere a determinadas situaciones extremas en las que no se puede exigir al autor concreto de un hecho típico y antijurídico que se abstenga de cometerlo, porque ello importaría un excesivo sacrificio para él”. Por otro lado, “los niveles de exigencia de este cumplimiento varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego.”¹⁷³

¹⁷³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 149.

Título I.

Reprochabilidad que se hace a los sujetos activos en el delito de intermediación financiera no autorizada.

Como ya se dijo, la culpabilidad consiste en la reprochabilidad que se le hace del injusto al sujeto activo, en la medida en que el sujeto tenga capacidad para ser imputable, capacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta; además, no se le pueda exigir una conducta distinta a la realizada, de tal manera que la concurrencia de estas tres circunstancias es lo que determinará si la conducta es reprochable para el sujeto y es por tanto merecedor de una pena.

“Para poder afirmar la culpabilidad de una persona que, en el caso concreto, ha cometido un hecho típico y antijurídico, es necesario que se den en esa persona una serie de requisitos sin los cuales no se puede hablar de culpabilidad.”¹⁷⁴

En primer lugar, el sujeto debe tener capacidad de ser imputable a la conducta por su madurez social y capacidad psíquica, por otro lado, debe tener un conocimiento o posibilidad racional del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, y finalmente se le exige un comportamiento distinto al desplegado, y con el cual lesionó un bien jurídico, todo esto nos sirve para considerar que en lo que

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 124.

refiere a las conductas estudiadas a lo largo de este trabajo, la culpabilidad de los sujetos activos, únicamente se podrá producir con la concurrencia de estos requisitos; los cuales los vemos traducidos de la siguiente manera:

- El sujeto activo debe tener capacidad psíquica y legal para motivarse racionalmente por la norma, así, que quien (es) realiza (n) la conducta (practicar o permitir que se practiquen actividades de intermediación financiera desautorizadas), tendrán capacidad de culpabilidad, solo en cuanto puedan autodeterminarse.
- Por otro lado el sujeto debe poder comprender o tener una posible capacidad de conocimiento, de que esta conducta contraviene el sistema jurídico, es decir, la comprensión de la antijuridicidad, y comprender a su vez que con su accionar se está potenciando el riesgo para los recursos del público ahorrador.
- Finalmente, el accionar del sujeto es reprochable, pues una vez que ha comprendido los elementos de su conducta, así como su antijuridicidad, actuó de manera contraria a la que se le exigía por parte del ordenamiento, el cual espera que los individuos que actúan en el mercado financiero, se sometan al control estatal con la finalidad de potenciar la protección al público ahorrador y sus intereses económicos,

además de una concomitante protección a *la estabilidad, la solidez y el eficiente funcionamiento del sistema financiero nacional.*

A. Razones de inimputabilidad en el delito de intermediación financiera no autorizada:

Dado que solo pueden ser imputables aquellas personas con capacidad psíquica y legal para autodeterminarse de acuerdo con la conducta, por lo que se excluye la culpabilidad a aquellos sujetos que carecen de poder de autodeterminación con respecto a la norma:

- Incapaces,
- Enfermos mentales.

B. Errores sobre el conocimiento de antijuridicidad que excluyen la culpabilidad en el delito de intermediación financiera no autorizada:

B.1. Error de prohibición:

El error de prohibición, o bien conocido como la inexigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad, proveniente de un error, pues es un yerro en la comprensión de que con la conducta se está contraviniendo el ordenamiento jurídico.

Cuando es invencible, es decir, aún y cuando aplicando la debida diligencia el sujeto no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto, tiene el efecto de eliminar la culpabilidad. Cuando es vencible – es decir que aplicando la debida diligencia el sujeto habría logrado comprender la antijuridicidad – el efecto que ocasione, es que disminuye la reprochabilidad, con lo cual se disminuye el monto de la pena tomando en consideración las circunstancias previstas en el artículo 71 del código penal.

Por otro lado, es importante denotar que el error de prohibición puede ser de dos tipos: directo e indirecto.

B.1.1 Error de prohibición directo:

Es aquél que se refiere a la existencia de la norma prohibitiva como tal. Es decir, se da cuando “el autor desconoce la existencia de la norma que prohíbe su hacer.”¹⁷⁵

En el caso del delito de intermediación financiera no autorizada, se configura este error en el conocimiento, cuando el autor del inciso a) del artículo 157, desconoce de la existencia de la prohibición de practicar intermediación financiera sin contar con la debida autorización de la SUGEF. En este punto, se debe apuntar que lo que configura el error, es desconocer que la conducta como tal, estaba prohibida, por lo que no es necesario que conozca el contenido exacto del precepto legal (artículo 157 de la LOBCCR); y de esta manera, tampoco se configuraría este error, si el autor sabe que practicar intermediación financiera sin autorización está prohibido, pero no sabía en cuál artículo o normativa se encontraba dicha prohibición, pues en este caso habría una presunción de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

En cuanto a la conducta del inciso b) del artículo 157, se dirá que por su condición de sujeto activo determinado; para el intermediario financiero autorizado

¹⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 144.

que permita que en sus oficinas se practiquen actividades desautorizadas; se hace prácticamente imposible, que este sujeto pueda tener un error directo sobre el conocimiento de la prohibición, pues él está autodeterminándose así mismo conforme a la norma.

B.1.2. Error de prohibición indirecto:

O también conocido como error sobre las causas de justificación. Es un error sobre la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, por lo que es posible que el autor conozca la antijuridicidad de la acción, pero cree que no está actuando contrario a Derecho pues alguna causa de justificación se lo permite.

Así, “el autor sabe que su hacer está prohibido en general, pero cree que en el caso concreto de da una causa de justificación que lo permite, que actúa dentro de los límites de la misma o que se dan sus presupuestos objetivos.”¹⁷⁶

¹⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 144.

C. El error de tipo y sus diferencias con los errores de prohibición:

Es importante retomar lo que ya se ha dicho sobre el error de tipo cuando se estudió páginas atrás, al hablar del tipo subjetivo de intermediación financiera. Se debe recalcar, que el error de tipo **no se ubica en la culpabilidad**, sino en **la tipicidad**, el cual se define como “el fenómeno que determina la ausencia del dolo cuando, habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo”¹⁷⁷.

Las consecuencias jurídicas del error de tipo son distintas a las consecuencias de los errores de prohibición, y si se está retomando el concepto de error de tipo en este momento, no es porque este error se ubique en la parte de la culpabilidad del delito, como ya se dijo, sino que se desean hacer las distinciones correspondientes, por lo cual, una vez más, se ha recalcar que este error se ubica en el tipo.

Las consecuencias jurídicas de este error, implican que cuando es invencible (es decir, que incluso aplicando la debida diligencia no habría sido posible para el sujeto activo salir del error), y al no haber *un querer* de la realización del tipo objetivo, no hay dolo y por ende **la conducta es atípica**.

¹⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 436.

Son casos en los que hay tipicidad objetiva, pero no hay tipicidad subjetiva, porque falta el dolo. Así, al haber un error de tipo en el análisis de la conducta, ni siquiera se debe de cuestionar la culpabilidad del sujeto activo. Por otro lado, si el error, es vencible (es decir, que el error se habría podido superar si se aplicara la debida diligencia por parte del sujeto activo), da pie para que el delito se considere como culposo (por falta al debido deber de cuidado), pero tal cualidad no se presenta en ninguna de las acciones del delito del artículo 157, como ya se explicó.

En el caso concreto de la intermediación financiera, hay tipicidad objetiva cuando se prestan efectivamente servicios de intermediación financiera sin contar con la autorización debida, o un intermediario autorizado lo permite; sin embargo, hay una falta de conocimiento – en los elementos del tipo objetivo –, si el intermediario autorizado no sabía que en sus oficinas se estaban prestando tales servicios (recordemos el ejemplo que dimos de un grupo de empleados, quienes estaban captando recursos financieros, para invertirlos en proyectos de inversión en Bolsa). O bien, sería igualmente *error de tipo* si el conocimiento que se tiene sobre los aspectos objetivos es erróneo, (recuérdese el ejemplo de una persona que está realizando servicios de intermediación financiera, y que por falso conocimiento creía hacerlo con autorización de la SUGEF).

Se ha dicho que, en ambos casos no existe el querer de la realización de la conducta objetiva, pues no hay conocimiento efectivo sobre los elementos objetivos del tipo: en el primer ejemplo, no se quería permitir que los empleados captaran recursos del público, sino que faltaba en su totalidad el conocimiento de que lo estaban haciendo. En el segundo ejemplo, no se quería realizar intermediación financiera sin la autorización de la SUGEF, sino que se pensó que ya se contaba con esta autorización.

Título II.

Responsabilidad penal de los representantes de personas jurídicas.

Al respecto se dijo atrás, cuando se habló de los sujetos activos del tipo penal, que la conducta penada es una acción material y únicamente puede ser cometida por una persona física en razón de la necesaria existencia de una voluntad y finalidad dentro de la misma; por lo que la que la persona jurídica, dada su condición de inmaterialidad (y al ser más bien una ficción jurídica del Derecho), no podría realizar.

“Solo la persona humana, individualmente considerada, puede ser sujeto de una acción penalmente relevante. Ni los animales ni las cosas pueden ser sujeto de acción (...).

(...) Tampoco pueden ser sujeto de acción penalmente relevante, aunque sí pueden serlo en otras ramas del ordenamiento jurídico las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*). Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de penal exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe

en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos de los penales.”¹⁷⁸

Así pues, se tiene que las personas jurídicas en nuestro ordenamiento no pueden ser penalmente responsables dada su condición ficticia, como creación del ordenamiento jurídico, lo cual les impide realizar acciones materiales que puedan acarrear consecuencias penales.

Sin embargo, las actuaciones hechas por personas jurídicas, en nuestro ordenamiento no se encuentran al margen de la ley, ya que responden en calidad de autores quienes cometan una acción típica, antijurídica y culpable, por medio de una persona jurídica, es decir que quien responde por la comisión del hecho ilícito es quien funge como representante de la persona jurídica. Pues si bien a este último no se le puede atribuir la comisión de la acción física, “esto no quiere decir que el Derecho penal, deba permanecer impasible ante los abusos que, especialmente en el ámbito económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo en sociedades anónimas. Pero en este caso procede castigar a las personas físicas individuales que comenten realmente tales abusos, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que proceda aplicar a la persona

¹⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 28.

jurídica como tal (disolución, multa, prohibición de ejercer determinadas actividades, etc.)”¹⁷⁹.

Dada la complejidad en el mundo actual y de las actividades desarrolladas en el sistema financiero, se sostiene por parte de la doctrina, que la mayor parte de los sujetos activos que cometen delitos financieros están conformados por los representantes legales de personas jurídicas, “las características generales de estos delitos financieros pueden resumirse de esta manera: el sujeto activo está integrado por sociedades o grupos de personas que actúan por medio de sus órganos o de sus manifestaciones: gerentes, juntas directivas, unión de asociados.”¹⁸⁰

De esta manera se considera, que quien figura como sujeto activo en los ilícitos “cometidos” por personas jurídicas, son sus representantes y apoderados al momento de la comisión del hecho. Es decir, que no son sujetos activos ni la persona jurídica (dada su inmaterialidad y carencia de voluntad sobre la acción); así como las personas que puedan realizar la acción material, pero que no cuenten con dominio de la acción, así como de la finalidad, es decir que

¹⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. Pág. 28.

¹⁸⁰ LANDROVE DÍAZ, Gerardo citado por HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando, Op. Cit. Pág. 260.

participan en la acción como simples subordinados, de aquel apoderado o representante, que por su parte sí tiene dominio y voluntad sobre la acción ilícita.

Nos referimos, en este caso, a los empleados (cajeros y cualquier otro símil), que como entes individuales, son quienes realizan la acción material de captación de recursos, pero que por su condición de empleados subordinados no poseen la capacidad del comprender el carácter ilícito del hecho –no hay conocimiento de la antijuridicidad –, por lo tanto, para estos casos es un problema de culpabilidad; siempre y cuando no estén enterados de la ilegalidad de la acción y su participación en los hechos ilícitos se haga bajo este conocimiento.

El apoderado por su parte, pese a no realizar la acción material de captación de recursos, así como la puesta de los mismos sobre actividades de crédito; es quien podría poseer dominio de la acción, y por lo tanto es quien con capacidad de culpabilidad, podría conocer la antijuridicidad de la acción, siendo que no adecuó, sus administraciones de acuerdo a la conducta exigida.

En cuanto a la responsabilidad que le compete, a las personas jurídicas, se puede considerar la posibilidad de atribuirles las obligaciones patrimoniales, derivadas de la acción, así lo establece la doctrina que considera que “una sociedad puede ser civilmente responsable de una manera directa y dicha atribución de responsabilidad es simplemente una consecuencia del sentido

técnico de su personificación, la cual tiene un alcance exclusivamente patrimonial, pues su razón de ser descansa en una simple cuestión de imputación de derechos y obligaciones a un sujeto de Derecho distinguido con un nombre y titular de un patrimonio distintos del nombre y patrimonio de la persona natural que se identifica con el ser humano que ha realizado la acción u omisión de la cual se derivan tales facultades y deberes.”¹⁸¹

Así, un caso en el cual se puede hablar de la responsabilidad patrimonial directa de la persona jurídica, relacionada con el delito de intermediación financiera, se encuentra en el párrafo final del artículo 157 de la LOBCCR:

“La entidad autorizada que permita o autorice los hechos a que se refiere el inciso b) será solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados.”

Como se ve, este es el caso en el cual el legislador ha decidido atribuirle una responsabilidad patrimonial, a las personas jurídicas relacionadas con las acciones prohibidas de este delito. Pero tal responsabilidad, recalamos, no puede ir más allá del ámbito patrimonial.

¹⁸¹ CARRILLO FLÓREZ, Fernando. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. Op. Cit. Pág. 215.

CAPÍTULO IV
LA PRÁCTICA JUDICIAL ANTE EL
DELITO DE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA NO AUTORIZADA

SECCIÓN ÚNICA

Control judicial del delito de intermediación financiera no autorizada.

A continuación la investigación se orientará a estudiar, la manera en que el delito de intermediación financiera sin autorización, se ve reflejado en la práctica judicial, tanto desde el inicio de la investigación judicial en el Ministerio Público, como en las etapas intermedia y de juicio, en los tribunales penales.

De manera que con la presentación de las siguientes cifras, obtenidas del Departamento de Estadística del Poder Judicial, se expondrá el grado de incidencia que tiene este delito dentro del circulante de expedientes que son tramitados por los diferentes despachos (penales), en comparación con otros delitos económicos.

Pero además, con el análisis de los casos más importantes que han sido tramitados por el delito de intermediación financiera sin autorización, se mostrará la complejidad que entrañan estos casos dentro del circulante de investigación judicial y posteriores etapas del proceso, ya sea por el amplio número de víctimas, lo cual es una característica particular de este delito; además de un amplio número de imputados, que generalmente se tratan de representantes legales, y la complejidad de las actividades realizadas, por los sujetos activos, que hacen acompañar a la investigación penal de complejos informes periciales.

Por otro lado, un componente que aumenta la dificultad de estos casos, es el posible concurso con otros delitos tales como estafa, administración fraudulenta, o incluso legitimación de capitales provenientes del narcotráfico; y en donde las consecuencias patrimoniales del daño son cuantiosas convirtiendo este tipo de hechos en casos importantes, no solo a nivel de investigación sino también a nivel judicial.

Todo esto irá orientado hacia la demostración de la importancia que entraña la regulación penal de este delito por nuestra legislación penal, ya que si bien el mismo tiene una muy baja incidencia en los números estadísticos del Poder Judicial, su regulación destaca en el sentido de que las acciones penalizadas por este tipo penal, potencian la comisión de delitos cuyo daño económico y social son enormes, pues afectan una gran parte de la población, no solo con las consecuencias patrimoniales directas, sino con consecuencias indirectas que afectan a una población mucho más amplia.

Título I.

Presentación de denuncias ante las autoridades judiciales y cifras estadísticas del delito de intermediación financiera no autorizada

A. Presentación de denuncias ante el Ministerio Público:

A continuación se pasará a estudiar en primer lugar, el proceso de interposición de denuncias ante la autoridad judicial correspondiente, pues es importante conocer la manera en que estos hechos llegan al conocimiento de las autoridades judiciales.

Es importante tomar en consideración, que la autoridad que con mayor propiedad puede interponer una denuncia, es la Superintendencia General de Entidades Financieras, siendo que como se ha mencionado páginas atrás, es deber de esta entidad estatal, velar porque en el país no se realicen actividades de intermediación financiera sin contar con la debida autorización (artículo 156 de la LOBCCR), además de que el ente que se encarga de proporcionar dicha autorización una vez que se han cumplido los requisitos legales, es la misma Superintendencia (artículo 115), y además llevar los registros de los intermediarios autorizados.

Con respecto al trámite de la denuncia, el artículo 160 de la LOBCCR establece lo siguiente:

Artículo 160. Trámite de denuncias

El Superintendente e Intendente Generales serán responsables de denunciar, al Ministerio Público, los actos ilícitos de que tuviere conocimiento, para que se impongan las sanciones señaladas en la presente Ley y otras Leyes conexas, por medio de los tribunales competentes a las entidades fiscalizadas, así como a los directores, apoderados, funcionarios y empleados que infrinjan las disposiciones legales respectivas.

En relación a este primer párrafo es posible agregar que la denuncia deberá ser presentada por el Superintendente o Intendente Generales en las oficinas del Ministerio Público. El despacho especializado para conocer de la materia es la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos Corrupción y Tributarios, ubicadas en las oficinas del Ministerio Público del Primer Circuito Judicial de San José. Sin embargo, ésta no representa una exclusividad de materia, pues bien las otras fiscalías del país pueden conocer de denuncias que se presenten en su jurisdicción.

Sin embargo, es importante considerar, que de acuerdo con la Ley 8275, de Creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, los delitos contemplados en la LOBCCR ley 7558, entre ellos el ejercicio ilegal de la intermediación financiera, deberá ser conocidos por medio del Juzgado Penal

de Hacienda y de la Función Pública, con asiento en el Segundo Circuito Judicial de San José.

Con respecto a la obligación de denunciar, “nuestro ordenamiento jurídico es claro al imponerle al Superintendente e Intendente Generales un deber de denunciar ante el Ministerio Público los actos ilícitos de que tuvieron conocimiento.

En este sentido, la normativa no deja lugar a dudas ni da margen de discreción a los funcionarios públicos. Ante la sospecha que sobre alguna actuación ilícita tengan, deben poner la situación en conocimiento de los Tribunales de Justicia.”¹⁸²

Esta obligación que se impone a la Superintendencia, viene como lógica correlación con las funciones normales, que le conciernen a esta entidad estatal; de manera que si es a la SUGEF a quien le corresponde fiscalizar a las entidades financieras del país, y además debe velar porque no se realicen actividades desautorizadas de intermediación financiera; por lo tanto, le será también competente e imperativo presentar la denuncia, ante la autoridad judicial encargada de iniciar las investigaciones penales, en caso de presumirse la

¹⁸² SALGADO RODRÍGUEZ, Sonia Elena. Op. Cit. Pág. 18.

comisión de un posible delito, que puedan requerir una posterior promoción de la acción penal.

Sin embargo, el hecho de que la Superintendencia, sea la entidad compelida a presentar la denuncia penal, al enterarse de la posible comisión de acciones que puedan constituir un delito de intermediación financiera desautorizada; esto no quiere decir que personas físicas o jurídicas, que se sientan afectadas por alguna persona (física o jurídica), que haya cometido este delito, no puedan presentar la respectiva denuncia penal, sin que necesariamente se tenga que acudir primero a la SUGEF.

Es decir, que el ciudadano que haya sido afectado, por los hechos a los que refiere el artículo 157 de la LOBCCR – e incluso cualquiera de los numerales posteriores que refieren a infracciones penales dentro de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa – puede acudir directamente al Ministerio Público para presentar la denuncia, sin tener que acudir inicialmente a la Superintendencia, pues ésta no es una instancia previa, para instrucción de la investigación. Será pues, el Ministerio Público el que instruirá la investigación, y comprobará los hechos denunciados, mediante coordinación y colaboración de la SUGEF.

No obstante, en la práctica lo que sucede es que comúnmente, cuando una entidad o intermediario se escapa del control de la Superintendencia, el

ciudadano afectado, consulta en la Superintendencia, y ésta se encarga de presentar la denuncia ante la autoridad correspondiente.

Ahora bien, cuando se trata de la comisión de un hecho ilícito, por parte de una entidad que se encuentra sometida al control de la Superintendencia, (en el caso de los hechos descritos en el artículo 157 de la LOBCCR, es posible hacer referencia al inciso b-); lo que sucede, es que la Superintendencia tiene la potestad para realizar un control y fiscalización constante sobre estos intermediarios, y al conocer de la realización de alguna actividad ilícita deberá interponer la respectiva denuncia correspondiente, es por tanto una obligación legal de esta entidad.

En estos casos, la ley dispone que “las entidades autorizadas deberán constituir una previsión contable, por un monto equivalente al de la posible responsabilidad hasta que se dicte sentencia; suma que será estimada por el Superintendente.” (Artículo 160)

Además, este mismo artículo dispone que “los actos ilícitos denunciados por la Superintendencia al Ministerio Público, relacionados con una entidad fiscalizada o sus directores, apoderados, funcionarios o empleados, deberán ser puestos en conocimiento de la asamblea de sus miembros, la cual deberá ser convocada de inmediato.”(Artículo 160 supra citado)

Aunado a lo anterior, y como medida precautoria, “la Superintendencia, cuando así lo autorice una autoridad judicial, dispondrá la clausura de las oficinas en donde se estuviese realizando esa clase de actividades, para lo cual podrá requerir el auxilio de la Fuerza Pública.” (Artículo 156)

Por otro lado, para el caso de que se presenten hechos ilícitos, cometidos por entidades o intermediarios financieros, que no se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia, se establece que se seguirá el mismo trámite de denuncia y aplicación posible de las mismas medidas precautorias:

“Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará también al funcionamiento de grupos financieros de hecho o de entidades que, debiendo formar parte de un grupo financiero, operen sin registrarse como integrantes del grupo.

Cuando a juicio del Superintendente; existan indicios fundados de que una persona, física o jurídica, está realizando ilegalmente actividades de las mencionadas en este artículo, la Superintendencia tendrá, respecto de los presuntos infractores, las mismas facultades de inspección que de acuerdo con esta Ley, le corresponden respecto de las entidades fiscalizadas.”

(Artículo 156, párrafos segundo y tercero de la LOBCCR)

B. Cifras estadísticas del delito de intermediación financiera no autorizada:

A continuación se pasará a estudiar la incidencia con que este delito se presenta en el circulante de expedientes, que ingresan a investigación y a posteriores etapas del proceso judicial. Pues es importante considerar, si luego de la reforma que se le hiciera a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en 1995, y con la penalización de determinadas conductas, se presentó algún cambio de importancia, en la regulación que en general que se despliega sobre la intermediación financiera, de manera que se lograra una efectiva protección a los bienes jurídicos tutelados.

La mayor importancia en la creación de este tipo, deriva de que, al desplegarse la protección penal sobre el ahorro del público y la concomitante estabilidad del sistema financiera, de manera que no le sea permitido a ninguna persona realizar una libre captación de recursos, y por lo tanto se le compele a someterse al control de la Superintendencia; se procura eliminar o al menos minimizar, el riesgo que esta liberalidad de captación representa para el ahorro del público, pues es posible que se produzcan pérdidas de recursos (perjuicio directo para el público), así como una afectación concomitante al sistema financiero, y los demás sujetos que actúan en él, cuando esta captación se realiza sin autorización.

Esta relación en el daño material, tal importancia está mejor manifiesta, cuando el delito de intermediación financiera desautorizada, aparece en concurso con otros delitos, tales como estafa o administración fraudulenta entre otros, pues el delito de intermediación financiera sin contar con la debida autorización, potencia la comisión de estos delitos económicos.

Sin embargo, es importante aclarar que las cifras judiciales no serán el mayor indicador de la importancia de la protección de estos bienes jurídicos. Estas cifras se deben estudiar en conjunto con las características propias de los casos más importantes que se han procesado en el sistema judicial, para así poder extraer su verdadera importancia dentro del circulante de casos judiciales.

B. 1. Casos ingresados al Ministerio Público para investigación:

El primer despacho en conocer las denuncias planteadas por la Superintendencia, son las fiscalías del Ministerio Público, dado que este órgano es el encargado de dirigir la investigación criminal, y promover la acción penal. Para este cometido cuenta con órganos auxiliares de investigación, tales como la Sección de Delitos Económicos y Financieros del Organismo de Investigación Judicial.

Por otro lado, es importante contar con la colaboración de la Superintendencia, en la etapa investigativa “debido a que es una obligación legal de la Superintendencia General de Entidades Financieras el velar porque en el territorio nacional no operen personas físicas o jurídicas (...) desarrollando de manera habitual actividades de intermediación financiera (artículos 120 y 156 LOBCCR), en consecuencia se hace estrictamente necesario coordinar con dicha institución las labores de investigación.”¹⁸³

Como se verá a continuación, el delito de intermediación financiera sin contar con la debida autorización, tiene una bajísima incidencia en las cifras judiciales. Además, no es posible extraer un número exacto sobre la cantidad de casos ingresados en la corriente de investigaciones judiciales, pues de acuerdo con la recopilación de datos del Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial, el delito de intermediación financiera no autorizada se incluye, a efectos de los cuadros estadísticos que representan la “*Entrada neta en las oficinas que integran el ministerio público según tipo de caso*” como parte de “*Infracciones a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica*”, y como

¹⁸³ MELENDEZ SEGURA, Carlos Alberto. (2006) Manual Teórico Práctico en Delitos Económicos. San José, Costa Rica. Guilá imprenta y Litografía. Pág. 109.

mencionamos antes, pueden ser varias las infracciones cometidas dentro de la ley 7558 (artículo 158 y siguientes).

Sin embargo, este valor se representa en el siguiente gráfico:

Gráfico No. 1



Fuente: Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.

Los números que se están mostrando, representan la totalidad de causas que han sido investigadas en el Ministerio Público, y que incluye a todas las fiscalías del país. Fueron obtenidos del Departamento de Planificación y Estadística, expuestos en Los Anuarios Estadísticos del Poder Judicial dentro de

los cuadros del Ministerio Público, que clasifican las cifras según tipo de caso, en donde el delito de intermediación financiera no autorizada es considerado como parte de “infracciones a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica”, y las cifras expuestas representan por tanto ese valor.

De esta manera, aún y existiendo un dato exacto sobre la existencia de casos ingresados por año, en relación con las infracciones a la Ley 7558, no es factible afirmar con seguridad, cuántos de estos casos refieren específicamente a las acciones del artículo 157 de la LOBCCR. Sin embargo, es posible por estas razones percibir que la mayoría de éstas investigaciones se refieren, al artículo 157¹⁸⁴.

Además, aún y existiendo esta variable a considerar, en los números presentados, lo que si se hace necesario es recalcar, que este delito – e incluso, si se habla en términos generales sobre las infracciones de la LOBCCR – y todos los delitos contemplados en esta ley, tienen una muy baja incidencia, en el circulante de casos del Poder Judicial.

Y si se toma en consideración, los números totales por año, de las investigaciones realizadas en el Ministerio Público; las infracciones a la Ley

¹⁸⁴ Según entrevistas realizadas a fiscales de la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos Corrupción y Tributarios, del Primer Circuito Judicial de San José.

Orgánica del Banco Central de Costa Rica, representan menos del 0.1% anual en relación con la totalidad de casos ingresados al Ministerio Público, según cuadro que se presenta a continuación.

Cuadro No. 3

Porcentaje que representan las infracciones a la Ley 7558, dentro del total del circulante de causas ingresadas al Ministerio Público.

Totalidad de causas ingresadas por año		Porcentaje que representan las infracciones a la Ley 7558
En 1996	69 780	0.0029%
En 1997	70 949	0.0028%
En 1999	91 598	0,0022%
En 2000	93 824	0,0075%
En 2006	129 271	0.0007%
Fuente: Anuarios Estadísticos del Poder Judicial		

Por otro lado, si se compara estos porcentajes con los de otros delitos que entran al circulante de investigación de las demás fiscalías, se denota que este delito es uno de los menos frecuentes, en comparación con otros delitos tales como los sexuales, estafas, robos y contra la vida.

Título II.

Casos judiciales de estudio: jurisprudencia penal más importante sobre intermediación financiera:

Como se viene apuntando, la incidencia judicial en el delito de intermediación financiera no autorizada, es sumamente baja, y por lo tanto, los casos que han sido acusados y elevados a juicio son incluso aún más escasos.

En estadísticas judiciales, no se encuentra un solo caso en “infracciones a la Ley Orgánica del Banco Central”, que haya terminado con condenatorias o absolutorias¹⁸⁵; en otras palabras, parece ser que de los número expuestos anteriormente, cuando se estudió la incidencia de casos que ingresan para investigación al Ministerio Público; ninguna de estas causas han sido llevadas a juicio, al menos desde el ámbito de las estadísticas judiciales.

Sin embargo, este número estadístico no es del todo correcto, pues existen hasta el momento tres sentencias condenatorias por este delito, sin embargo, solo una de estas sentencias para agosto del 2008, se encuentra en firme. La cual además, refiere a un importante caso de intermediación financiera ilegal, que implicó la dedicación de importantes recursos humanos dentro del

¹⁸⁵ Según cuadros de “Personas condenadas en los tribunales penales según delito y tipo de resolución durante el 2000 hasta el 2006” del Departamento de Estadística, en los Anuarios De Estadísticas Judiciales del Poder Judicial.

Ministerio Público y Organismo de Investigación Judicial, abocados a esta investigación judicial, y que implicó elementos de difícil tratamiento en las investigaciones, tales como la complejidad de las actividades financieras realizadas, además de un número amplio de sujetos ligados al trámite de captación ilegal, e igualmente un gran número de personas (víctimas) afectadas directamente por los hechos delictivos.

Así, uno de los principales retos que se enfrenta al momento de la investigación penal, es la complejidad de las causas, además de la posible existencia de un conglomerado financiero, es decir, un grupo de interés económico relacionado¹⁸⁶, que puede estar a cargo de las captaciones, los cuando realizan actividades financieras, se encuentran bajo el control de la Superintendencia,

¹⁸⁶ Mediante la jurisprudencia nacional se ha dicho que "el fenómeno de los grupos de empresas se origina con el ejercicio de la actividad mercantil a través de una sola sociedad y cuando el giro de la actividad se empieza a diversificar, ello va dando lugar al nacimiento de otras sociedades, cada una con su propia personalidad jurídica: ...pero todas tendentes a un mismo fin: el éxito y crecimiento de la empresa y el contar con una política empresarial unificada. Se caracterizan estos grupos porque la sociedad, que se puede llamar madre, generalmente es la dueña de la totalidad o de la mayoría de las acciones de las sociedades filiales, es decir, existe unidad patrimonial entre ellas... (Bresciani Quirós Stella. Los procesos concursales en el sistema jurídico costarricense. Editorial Prolitsa. 2003. Página 126.)- Se dice a su vez: ...que lo anterior responde a manifestaciones constantes en el mundo de la economía contemporánea: un grupo de sociedades que operan bajo el control de una sociedad madre, llamado también el grupo de sociedades: holding; a cada una de las sociedades que componen el grupo corresponde, como objeto social, un distinto sector de actividad, o una distinta localización territorial de una misma actividad, o una distinta fase del proceso productivo, pero las acciones de cada una de las sociedades, pertenecen en su totalidad o en su mayoría, a la sociedad madre... (Bresciani Quirós Stella. Obra citada. Página 130)" Sentencia 454 Del Tribunal Segundo Civil Sección Primera a las once horas 20 minutos del 21 de diciembre de 2005.

según la Sección III del Capítulo IV de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, deberán estar constituidos como *“empresas dedicadas a prestar servicios financieros organizadas como sociedades anónimas, tales como bancos, empresas financiadas no bancarias, almacenes generales de depósito, puestos de bolsa, sociedades de inversión, empresas de arrendamiento financiero, así como bancos o financieras domiciliados en el exterior, acreditados como tales por la autoridad foránea correspondiente”*¹⁸⁷, y que por lo tanto, se deberán registrar como tales.

Otro elemento que viene a incrementar la complejidad de los casos que ingresan para investigación por este delito, es la concurrencia de un amplio número de víctimas afectadas directamente por los hechos delictivos, esto a su vez, implica la presentación de un gran número de acciones civiles resarcitorias y de querellas por parte de las víctimas, pues éstos son derechos procesales que les asisten. Además, si se acepta la tesis de la pluriofensividad de bienes jurídicos dentro del delito de intermediación financiera no autorizada, (pues se afecta tanto el ahorro del público ahorrador, como la estabilidad del sistema financiero) entonces se debe considerar también como víctima, y por tanto, parte del proceso, a la Procuraduría General de la República, quien es el representante del Estado.

¹⁸⁷ Artículo 141 de la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Ley 7558.

Ahora bien, sobre estas causas judiciales de mayor importancia conocidas, para el estudio del delito de intermediación financiera no autorizada, es posible citar la sentencia N° 435-07 del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, a las quince horas del dieciséis de mayo de dos mil siete, en la cual se acusan los delitos de legitimación de capital, estafa, intermediación financiera y autorización de actos indebidos, y de todos estos delitos, se condenó por estafa agravada continuada en concurso ideal con el delito de intermediación financiera ilegal, así en su recalificación.

En este caso resulta notorio, el análisis del marco probatorio de este caso en particular que estaba dirigido a demostrar los elementos necesarios de la intermediación financiera:

“La integración bajo un centro de decisiones común, de las actividades propias de la Casa de Cambio (compra y venta de divisas) y de la actividad de captación de recursos provenientes de aportes de inversionistas nacionales y extranjeros, permitió facilitar el ocultamiento del origen de capitales, la movilización de flujos de dinero, realizar intermediación financiera ilegal, invertir las captaciones en valores, ejecutar pagos de réditos o ganancias a los inversionistas y estructurar un sistema dirigido a defraudar a quienes invertían con ellos.”

Se hace necesario por lo tanto, demostrar la existencia de una captación, realizada por una persona imputable responsable de los hechos, aún y tratándose de un conglomerado comercial se debe poder determinar correctamente la existencia de **un centro de decisiones común**. En este caso el medio utilizado para engañar a la administración (SUGEF) consistió en utilizar una figura jurídica, que sí estaba sometida al control de la SUGEF pero dedicada a realizar actividades auxiliares de intermediación financiera, específicamente actividades cambiarias de moneda.

Por otro lado, la prueba recabada en este caso apuntaba al hecho de demostrar qué tipo de actividad realizaba la (s) empresa (s) instrumento (s) de los individuos imputados en esta causa, pues lo que se hace absolutamente necesario es que se comprueben todos los elementos constitutivos de la intermediación financiera.

Uno de los medios probatorios principales, serán en estos casos complejos los informes periciales y la declaración de los peritos, que los realizan.

Ahora bien, en el presente caso lo que existió fue una captación ilegal por parte de un ente autorizado para realizar una actividad totalmente distinta, la cual es la realización de actividades cambiarias de moneda (actividad auxiliar de la intermediación financiera) utilizando las instalaciones como fachada para

encubrir las actividades legales. La casa de cambio como entre autorizado de la SUGEF, está cometiendo la acción penalizada en el inciso a) del artículo 157, y no la contemplada en el inciso b), pues éste último inciso, refiere a la permisión únicamente para que se realice intermediación financiera no autorizada, por parte de una entidad que si se encuentra facultada para realizarla. Por lo tanto, no existe tal permisión, sino la realización de la captación directamente por parte de una entidad que específicamente no está autorizada para eso.

Finalmente, al respecto de esta sentencia, la misma pone en evidencia la importancia de demostrar los elementos conformadores del concepto de intermediación financiera, pues caso contrario, se estará frente a una figura similar mas no la regulada por el artículo 116 de la Ley Orgánica del Banco Central. Además, dado el principio de tipicidad legal que impera en el Derecho penal, no es permitido aplicar lo establecido en el artículo 157 de la LOBCCR, el cual establece sanción penal para aquellas personas que realizan la actividad definida en el artículo 116 dicho.

También se desprende de esta sentencia, el altísimo grado de complejidad que puede acompañar a las actividades de intermediación financiera, dado el alto número de personas involucradas en el hecho delictivo, además de la necesaria demostración de un centro común de decisiones, que serán siempre personas físicas, sujetos de imputabilidad.

En el caso de estudio se distinguen 22 sociedades, las cuales estaban dirigidas por dos imputados: una red de personas jurídicas radicadas no solo en Costa Rica, sino también en Estados Unidos, lo cual dificulta más las labores de investigación. Por otro lado, las acciones realizadas estaban encaminadas a disfrazar una captación en dólares en total de \$404,081,167,70, los cuales se destinaban a inversiones en Bolsa. Sobre las víctimas, se distinguen cerca de 6289 (seis mil doscientos ochenta y nueve), lo que implica una complejidad enorme para efectos procesales, pues a cada uno de estos inversionistas afectados, considerados como víctimas, a quienes les asiste el derecho procesal de presentar querrela y acción civil resarcitoria.

Como se ve, este caso resultaba ser de tramitación compleja, y así se requirió para su tratamiento procesal, ya que este es un tipo penal, cuya verificación necesita auxiliarse de informes periciales y estudios financieros, y en donde es necesario desplegar una fuerte labor investigativa, logrando determinar los conceptos de la intermediación financiera, y aunque es importante considerar que no todos los casos se encontrarán con el mismo presupuesto fáctico, lo que si es manifiesto es que, en cualquier proceso de intermediación financiera no autorizada; se deben comprobar estos elementos: 1. Una masa amplia de público (ajeno al intermediario) de la cual se captan recursos financieros, 2. De manera habitual, 3. Destino de los recursos (en actividades de crédito o inversión en bolsa) 4. Quien asume el riesgo en ese destino es el intermediario, 5. Sin importar

la figura contractual que se utilice, para poder determinar la configuración del tipo penal.

Finalmente la sentencia hace referencia a la existencia de un concurso aparente de normas, por lo cual no es posible aplicar el artículo 158 de la LOBCCR:

Artículo 158. Reducción de la pena

“Se impondrá pena de prisión de tres a seis años al que:

a) Registrare, alterar, permitiere o consintiere la alteración de registros, para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas o para afectar la composición de activos, pasivos, contingentes o resultados.

b) Proporcione, a la Superintendencia General o a los órganos supervisores auxiliares, datos o informes falsos o inexactos con el propósito de ocultar la verdadera situación financiera o los riesgos de la entidad, de evadir los encajes u ocultar la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera.

Cuando los hechos a que se refieren los dos incisos anteriores se realizaren por culpa grave inexcusable, la pena se reducirá a la mitad.”

Se ha considerado que para el caso, no es posible aplicar la penalidad del artículo 157 en conjunto con la del 158 pues:

“Respecto de la acusación por el delito del artículo 158 de la Ley Orgánica del Banco Central, que es llamada inapropiadamente REDUCCIÓN DE LA PENA, este Tribunal considera que las acciones consistentes en “maquillar” o disfrazar los registros, no pueden verse escindidas o separadas de la Intermediación Financiera Ilegal, ya que el desvalor de la acción típica del numeral 158 es absorbido por el tipo penal de INTERMEDIACIÓN FINANCIERA ILEGAL, contemplado en el numeral 157 de la misma ley, ya que es evidente que existe una actividad “principal” que es precisamente la de intermediación realizada al margen de la ley y es claro que las alteraciones de los registros, en donde se hacían pasar como ventas de dólares, auténticas inversiones hechas en puestos de bolsa, conforme lo muestran con claridad las peritaciones, eran un paso necesario para la intermediación financiera, como aspecto primordial del sistema circular del dinero, por lo que es parte del plan instaurado para realizar la INTERMEDIACIÓN FINANCIERA, lo relativo a los informes en los que la SUGEF nunca pudo detectar las inconsistencias que sí detectaron los peritos oficiales y que justamente permitieron dar luz respecto de la actividad de

INTERMEDIACIÓN FINANCIERA. Se señala que prevalece el tipo penal del artículo 157, que es un concepto más amplio, pues se concluye que existiría un problema respecto del principio del non bis in idem si se pretendiera la aplicación de ambas figuras a la vez.”

En conclusión y de acuerdo con esta jurisprudencia, el delito de intermediación financiera no autorizada, y el delito contemplado en el artículo 158 erróneamente denominado reducción de la pena, no es posible que se puedan imputar y penar a una misma persona por las acciones de estos dos artículos, pues evidentemente lo que existe es un concurso ideal de delitos, ya que el artículo 158 es un delito de pasaje para cometer el delito del 157. Por lo tanto, la acción de 158, aplicará para entidades ya autorizadas para realizar intermediación financiera, *“registren, alteren, permitan o consientan la alteración de registros, para ocultar la verdadera naturaleza de las operaciones realizadas o para afectar la composición de activos, pasivos, contingentes o resultados”* o bien, *“Proporcione, a la Superintendencia General o a los órganos supervisores auxiliares, datos o informes falsos o inexactos con el propósito de ocultar la verdadera situación financiera o los riesgos de la entidad, de evadir los encajes u ocultar la existencia de algún grado de inestabilidad o irregularidad financiera”*.

Título III.

La función de la pena en el proceso penal ante el delito de intermediación financiera.

A continuación, se concluirá el estudio de este tipo penal con un análisis breve de la penalidad impuesta a este delito y las implicaciones que conlleva la misma.

Es de interés para esta investigación, determinar qué función cumple esta pena aplicada al delito de marras y frente a la sociedad, para lo cual se retomarán las consideraciones que hechas en el Capítulo II, cuando se analizó la política económica y criminal que impulsaron esta propulsión hacia la regulación, primeramente administrativa y posteriormente penal.

La política económica es el instrumento mediante el cual, el Estado maneja elementos preponderantemente económicos, para lograr sus fines; la política criminal por su parte tiene la misma orientación, dado que también es un instrumento del Estado para lograr los mismos fines, pero que sin embargo, se vale de elementos punitivos, es decir del *ius punendi*, de manera que se seleccionan determinadas conductas sobre las cuales se impondrá una pena, siempre justificándose en la protección de un bien jurídico.

En el caso de la actividad de intermediación de recursos financieros, la política económica se ha orientado a intervenir en la misma desde los primeros años de nuestra República, (con diferentes intensidades según el modelo de Estado) pues se ha entendido que la importancia de esta actividad es máxima dentro del desarrollo del mismo Estado y la sociedad, como ya hemos visto. Ahora bien, con la política criminal, implementada sobre las prácticas de intermediación financiera que no se someten al control estatal, se ha orientado a imponer una pena privativa de libertad, la cual en nuestra legislación tiene una penalidad de 3 años como mínimo y hasta seis años máximo (artículo 157 de la LOBCCR).

Además, esta pena privativa de libertad corresponde, tanto para el sujeto activo del inciso a); como el sujeto activo del inciso b), es decir, tanto quien practica la captación de recursos sin contar con la debida autorización, como quien estando autorizado para realizar intermediación financiera, permite que en sus oficinas se practiquen tales practicas desautorizadas, por otro sujeto totalmente independiente del intermediario autorizado.

A. Sobre el concepto de pena y los tipos de pena en Costa Rica:

La pena es “jurídicamente considerada, la represión con que el Poder Público sanciona las transgresiones de la ley”¹⁸⁸. Tal poder se ve manifiesto en la reducción o intervención de determinados derechos que pertenecen a quien resulta afectado por la misma. Estos derechos, susceptibles a ser limitados, pueden ser muy variados, y de acuerdo con el tipo de derecho sobre el que esté recayendo la pena es que se entenderá, qué tipo de pena se trata.

Además, es definido como el "castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta."¹⁸⁹ Dado el perjuicio que implica la pena para un sujeto, como relación negativa, debe ser impuesta de manera eficaz por un poder legítimo, pues no basta la simple amenaza de su uso. Por ello, es que el Estado o el soberano, se basan sobre su poder de imperio para imponerla en un plano físico, de manera que *la pena, el Derecho penal* (Derecho de imponer penas) y el *poder de Estado* tienen relación directa, ya que entre los tres existe una relación de poder.

¹⁸⁸ MAYORGA RAMÍREZ, Francisco. (1963) La Pena. Universidad Autónoma de Nicaragua. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tesis de Doctorado en Derecho. Pág. 12.

¹⁸⁹ Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. portal virtual www.rae.es

En el Estado democrático de Derecho, se entiende que la pena es un instrumento necesario, para proteger ciertos derechos fundamentales de posibles lesiones o amenazas, de tal manera que la existencia de la misma, únicamente estará justificada por la existencia de un bien jurídico digno de tutela y protección.

Para el delito de intermediación financiera no autorizada, se ha determinado aplicar una pena privativa de libertad, para quien realice tal actividad sin contar con la debida autorización de la SUGEF, o permita que en sus oficinas se realicen tales actividades.

Se denomina “pena privativa de libertad” a aquella que es emitida por el juez como consecuencia de un proceso penal, y que consiste en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), “En principio significa una restricción de la libertad deambulatoria y el conjunto de consecuencias directas que esto supone, respecto de la restricción directa o indirecta, total o parcial de otros derechos que tienen como presupuesto aquél. Pero de ninguna forma puede comprometer el derecho a la vida, la integridad física y moral, y desde otra perspectiva, y como consecuencia de los anteriores, la posibilidad de ser sometido a tratos inhumanos y degradantes.”¹⁹⁰

¹⁹⁰ DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. (2004) Las Pena Privativa de Libertad en el Derecho Comparado. E-book. Revista General de Derecho Penal, nº 1, Iustel. www.cienciaspenales.net

Además, en relación con las clases de penas, se debe apuntar que se clasifican de acuerdo con el código penal costarricense, artículo 50 en tres categorías a saber: principales, accesorias y prestación de servicios de utilidad pública. Las principales están constituidas por penas de prisión, extrañamiento, multa e inhabilitación. Además, la inhabilitación especial se constituye como la pena accesoria.

En el artículo 51 CP, se encuentra que tanto la pena de prisión como las medidas de seguridad, en relación con el Derecho penitenciario, serán cumplidas en los lugares y en la forma que lo establezca una ley especial, que se emita al efecto: y su duración máxima no podrá ser superior a 50 años.

Por su parte, las medidas de seguridad, no pueden ser consideradas como una pena (si bien sus efectos son similares), pues en estricto término, la pena es definida como el castigo impuesto al responsable de una acción típica, antijurídica y culpable; mientras que la medida de seguridad es considerada – igualmente – como la reacción que tiene el Estado contra el autor de una acción punible, pero que sin embargo es considerado inimputable, o con imputabilidad disminuida además de las otras razones establecidas por el CP¹⁹¹.

¹⁹¹ Código Penal de Costa Rica, Ley No. 4573 La Asamblea Legislativa De La República De Costa Rica. Artículo 98. Obligatoriamente el juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

La medida de extrañamiento consiste “*en la expulsión del territorio de la República, con prohibición de regresar a él, durante el tiempo de la condena. Se extiende de seis meses a diez años*”¹⁹².

Por su parte, la multa consiste en una obligación dineraria que recae sobre la persona responsable de un delito, con una institución (que la ley designe), dentro de los quince días posteriores a la firmeza de la sentencia.¹⁹³

Las inhabilitaciones por otro lado, guardan relación con la pérdida de ciertos derechos o bien con la imposición de la capacidad de ejercer un determinado cargo. Tiene que ver propiamente con la pérdida de cinco cualidades. A saber, 1) Pérdida de empleo, cargo o comisiones públicas que ejerciere, inclusive el de elección popular; 2) Incapacidad para obtener los cargos, empleos o comisiones públicas mencionadas; 3) Privación de los derechos políticos activos y pasivos; 4) Incapacidad para ejercer la profesión, oficio, arte o actividad que

1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;

2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;

6) Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y

7) En los demás casos expresamente señalados en este Código.

¹⁹² Código Penal de Costa Rica, Ley No. 4573 La Asamblea Legislativa De La República De Costa Rica. Artículo 52.

¹⁹³ Código Penal de Costa Rica, Ley No. 4573 Op. Cit. Artículo 53.

desempeño; y 5) Incapacidad para ejercer la patria potestad, tutela, curatela o administración judicial de bienes.”¹⁹⁴

La diferencia entre la inhabilitación absoluta y la inhabilitación especial tiene que ver en que la primera consiste en la *pérdida, incapacidad, y privación* de la totalidad de cualidades dichas; mientras que la inhabilitación especial es la pérdida de uno o más de los mismos derechos o funciones. Además, ambas tienen la misma duración: seis a doce años.

B. El fin de la pena en el delito de intermediación financiera no autorizada:

Las teorías sobre la función de la pena pretenden determinar cuál es la función que se le asigna a la sanción penal lo cual por su parte, permite establecer cuál es la función del Derecho penal en general, pues la pena es la expresión más importante del Derecho represivo.

Sobre este punto es importante considerar, cuál ha sido la intención del legislador al momento de establecer la legislación penal sobre una determinada

¹⁹⁴ Código Penal de Costa Rica, Ley No. 4573 Op. Cit. Artículo 57.

conducta. Se debe pues recurrir, a las circunstancias de política criminal que impulsaron la penalización misma.

En el caso de la reforma realizada a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica en 1995, se ha acotado con anterioridad, que esta reforma deriva de un descalabro financiero que sufrió uno de los principales bancos del Estado, específicamente se hace referencia a la quiebra del Banco Anglo Costarricense.

Lo que ocurrió, en este momento, fue que con la pérdida de millones de recursos financieros, quien debió responder por este perjuicio, prestando su garantía, fue el Estado mismo, de manera que los ahorradores, no se vieron directamente perjudicados. Sin embargo, con estos hechos quedó en manifiesto, la necesidad de mejorar las regulaciones administrativas e introducir una nueva y más eficiente regulación (la penal), para los intermediarios financieros que actuaban en el país.

Se posibilitó con la reforma, que intermediarios privados (no estatales) pudiesen captar recursos del público, como depósitos a la vista, que hasta el momento era una actividad exclusiva para intermediarios del Estado (los bancos públicos), además, se creó un ente totalmente descentralizado, encargado de supervisar a los intermediarios, y para ello se le dotó de mayores potestades, en

conjunto con una sección de infracciones y delitos financieros, dentro de la misma LOBCCR Ley No. 7558.

La intención de esta reforma, obedeció a la necesidad de garantizar la estabilidad del sistema financiero, además de la necesidad de proteger el recurso de los ahorradores, el cual es un elemento esencial y directamente ligado, con la estabilidad del sistema financiero, conforme el manejo que se le den a los mismos.

Así, si bien es cierto que el motivo principal de la reforma deriva de la indispensable protección del público ahorrador, quienes son titulares del bien jurídico “ahorro”; también y concomitantemente fue necesario proteger la estabilidad del sistema financiero. Es por estas consideraciones que se puede concluir que en este delito existe una dualidad de bienes jurídicos protegidos.

Sin embargo, también y conforme a las consideraciones desarrolladas en el Capítulo II, respecto de la política criminal, es que se debe tener en cuenta la coyuntura social en la cual se promovió esta reforma legislativa, pues se denota que la quiebra de un importante banco del Estado, provocó además de los inminentes problemas financieros ligados a su quiebra (ya que los demás bancos estatales debieron cubrir sus carteras de pasivos y activos, es decir, pagar sus deudas financieras, y cobrar los créditos pendientes a nombre de la institución), tales hechos fueron blanco de una fuerte explosión periodística, la cual exponía a

voces las consecuencias de la corrupción política y el mal uso de los fondos públicos, y en vista a esto, el pueblo costarricense se sintió consternado, y exigía aplicación de mano dura a los responsables.

Tales circunstancias fueron las promotoras de la reforma, dentro de la cual estaban incluidos los delitos financieros relacionados con la actividad de intermediación. De manera que se debe considerar, la posibilidad de que tal circunstancia, provocara lo que se denomina una política criminal populista, es decir una respuesta ocasional a un fenómeno criminal, y ligado a esto una pena con **función simbólica**. De manera que lo que ocurre es que se utiliza el sistema penal para solucionar problemas sociales que pueden ser resueltos por otras vías. Así, “un caso particular de inadmisibilidad de un bien jurídico lo proporciona la llamada penalidad simbólica. Se trata de casos en los que es claro que las normas que se establecen no tendrán eficacia para contener o paliar el fenómeno que se requiere abarcar”¹⁹⁵.

Ahora bien, si resulta cierto que los medios televisivos hicieron gala de este descalabro financiero, por muy escandalosa que la misma fuera, lo cierto es que el sistema de supervisión del sistema financiero hasta 1995, era ineficiente para controlar cuando un intermediario estaba haciendo mal uso de los recursos

¹⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho penal. Parte general. Ediar Buenos Aires, Pág. 132, Citado por ISSA EL KHOURY, Henry. Op. Cit. Pág. 64.

captados del público. De manera que mejorar los controles, era necesario dentro de la reforma promovida.

En cuanto a la inclusión de los delitos financieros, dentro de la Sección IV, Capítulo IV, de la Ley 7558, es considerable que en razón del alto riesgo intrínseco de la actividad, de la escasa injerencia que tiene el ahorrador, en cuanto al destino que se le da de sus recursos (y es por tanto una relación de confianza), y las altas y nocivas repercusiones que acarrearán para el sistema financiero, el mal uso que se haga de los recursos del público; es que se considera necesario desplegar la protección penal del Estado, en aquellos casos en los que **se cause una lesión, o se ponga en peligro** tales bienes, por lo tanto, no es posible hablar de la configuración del delito, si no ha existido una lesión o una puesta en peligro.

Lo que se busca evitar con la inclusión de este delito en la legislación penal costarricense, es prevenir que se utilice la intermediación financiera, como instrumento para realizar acciones (malas prácticas bancarias, acciones delictivas etc.) en perjuicio del ahorro del público y que repercuten, por tanto en la estabilidad del sistema financiero, y la economía y sociedad en general.

Es de esta manera, que se puede considerar que la pena impuesta para el ejercicio de la intermediación financiera no autorizada, se reviste de una **función preventiva**, ya que recae exclusivamente sobre las acciones de

captación de recursos, en las que no exista autorización estatal, pues se busca evitar que a futuro: 1. Se produzca un daño o lesión a los bienes jurídicos tutelados, o bien, y 2. Se produzca un peligro razonable a tales bienes.

Así por tanto, la penalidad de este delito, está orientada a que no se produzcan mayores daños al sistema financiero y al ahorro del público, pues la manera en que este ilícito ha sido formulado, plantea imponer una prevención para que no se realicen otras acciones que causan lesiones directas (y más gravosas que ejercer sin autorización) a los mismos bienes jurídicos que se tutelan.

CAPÍTULO V

SECCIÓN ÚNICA

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Título I

La importancia de la legislación penal sobre las prácticas de intermediación financiera sin autorización

La importancia en la regulación administrativa y penal de la intermediación financiera, en fundamentos hechos, que ya se ha explicado sobradamente páginas atrás se concluye de la siguiente manera:

En primer lugar, tal actividad es parte de la política económica del Estado, y es pues una de las actividades más importantes para fomentar la adecuada producción nacional, permitiendo así alcanzar el objetivo establecido en el artículo 50 de la Constitución.

En segundo lugar, la regulación penal y administrativa, descansa también en el principio constitucional, del artículo 46 del mismo cuerpo legal, que considera de importancia cardinal promover y mejorar, la protección de los intereses económicos de los habitantes, lo cual recalca el valor de maximizar la protección sobre los recursos de los ahorradores, que son depositados en manos de los intermediarios financieros.

Ahora bien, si tales fundamentos promotores de la regulación penal y administrativa, los anteponemos a la incidencia de casos que se han ventilado en

los tribunales de justicia, pareciera que tal importancia no se ve reflejada en la cantidad de delitos de intermediación financiera no autorizada, pues éste es uno de los delitos que tiene más baja incidencia dentro del circulante judicial.

Considero que los motivos de la baja incidencia en los casos de intermediación financiera no autorizada, pueden ser de muy diversa índole a considerar, los cuales numero a continuación:

- a) Complejidad implícita de la actividad:** La actividad de intermediación de recursos financieros, es una actividad compleja, cuya práctica si bien no es escasa, si es al menos es realizada por un grupo reducido de agentes del mercado que necesitan por lo general, de ciertas cualidades y especialización indispensables para su puesta en práctica; en comparación con otros delitos económicos; lo cual puede influenciar en su baja incidencia.

- b) Concurrencia de concursos con otros delitos económicos:** Otra posible causa, y una de las más frecuentes, es la existencia de concursos ideales con otros delitos, tales como estafa, administración fraudulenta, legitimación de capitales provenientes del narcotráfico, etc. En donde lo que ocurre es que, a efectos de estadísticas judiciales, el delito ingresa como una estafa, por ejemplo, y durante la investigación o la etapa intermedia, los hechos

son recalificados, agregándosele así, a la calificación jurídica, un posible concurso con intermediación financiera no autorizada, y tal recalificación no se refleja en las cifras judiciales.

c) Desconocimiento de este delito por parte de los operadores judiciales:

Aunado al punto b) considerado anteriormente, ocurre muchas veces que al momento de iniciarse la investigación judicial, los fiscales desconocen de los elementos del tipo penal (y muchas veces su misma existencia), pues es un delito especial, que se ubica dentro del Derecho financiero, y además, su tipo penal no se encuentra desarrollado dentro de la normativa penal (Código Penal), sino que se encuentra dentro de una ley especial, cuyo ámbito es mayoritariamente financiero-económico.

d) Eficiencia en la supervisión *ex-ante* promovida por la reforma a la

LOBCCR: Un motivo importante a considerar, está relacionado con la supervisión *ex-ante* promovida por la reforma a la ley 7558, en donde lo que se pretende como primera etapa, en el proceso de fiscalización de la SUGEF, es lograr que los intermediarios se sometan a control de la SUGEF, mediante el proceso de cumplimiento de requisitos, inscripción, registro de intermediarios y entrega periódica de informes. Por lo tanto, si tal sistema de supervisión tiene éxito, es de considerar que los casos que

llegan hasta el control penal, sean los más gravosos y que no han podido ser controlados en las demás etapas previas de la supervisión.

- e) Criterios de la SUGEF para formular denuncias:** En muchos casos, si bien es cierto, se configuran los supuestos del artículo 157 de la LOBCCR, éstos quedan en conocimiento únicamente de la SUGEF, pues la misma aplica criterios discrecionales sobre el riesgo ocasionado, y da previamente (en algunos casos) la posibilidad de someterse a los controles y solicitar la autorización para actuar como intermediario (a manera de prevención).
- f) Existencia de alta una cifra negra:** Finalmente, otra posible causa, es el número de casos que escapan al control administrativo, y ni siquiera llegan al control judicial, es por lo tanto, una cifra negra de criminalidad. Esta cifra no puede ser conocida realmente, y su existencia es por tanto una simple presunción.

Todos éstos, son los posibles motivos propuestos, recabados dentro del estudio de la poca jurisprudencia existente, las estadísticas judiciales además de las entrevistas realizadas a fiscales de la Fiscalía de Delitos Económicos Corrupción y Tributarios del Primer Circuito Judicial de San José, que es la fiscalía que por especialidad de materia conoce mejor el tratamiento de este delito.

Sin embargo, se debe de considerar que la trascendencia implícita en la penalización de una conducta, no solo deriva de la alta incidencia en la criminalidad relacionada a esa acción en específico, –si bien es un factor que el legislador ha de considerar, éste no es el único – se debe tomar en cuenta principalmente, que la penalización de una conducta, se relaciona con la importancia que se encuentre en proteger un bien jurídico en específico, el cual se considera trascendental, no solo desde una óptica de prevención de la criminalidad en cuestión numérica y cifras estadísticas, sino también, como parte para la obtención de fines significativamente importantes en el desarrollo social del Estado de Derecho.

Así, lo que se desea denotar en esta investigación es que la penalización de una conducta, siempre encontrará justificación en la existencia de un bien jurídico con importancia para el Derecho (no solo en el ámbito penal-criminal), sino en un ámbito global del Derecho, lo cual guarda íntima relación con la necesaria existencia de la antijuridicidad y la tipicidad conglobante; en donde se busca conformar la existencia de la acción típica, y **antijurídica** (es decir, el injusto penal) mediante un análisis global que se hace con los demás ámbitos del Derecho; pues los bienes jurídicos, encuentran muchas veces su razón de ser en función de otras ramas del Derecho, y no solamente la penal.

Por lo tanto, el justificante para la protección penal no se desplegará únicamente en la existencia de un alto índice criminal, sino, en la existencia de un bien jurídico con importancia para todo el Derecho, entendido éste, como el sistema necesario para alcanzar el ordenamiento social. Y en la medida en que la protección de un determinado bien, contribuya racionalmente con estos cometidos, se estará encontrando la justificación necesaria para mantener conducta como penada.

Finalmente, se debe de hacer las siguientes aclaraciones en relación con la parte introductoria del trabajo: se ha planteado al inicio de la investigación dentro de **la hipótesis**, que “el tipo penal tal como se estipula en la Ley Orgánica del Banco Central es inadecuada para prevenir la intermediación financiera que se realiza al margen de la regulación estatal”, pues se consideró que la reforma integral a la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, 1552 de 1953, se debió a una reacción populista derivada la intervención y disolución del Banco Anglo Costarricense, por lo tanto, la pena en este delito se consideró que en un inicio tenía una función simbólica.

Sin embargo, como resultado de esta investigación se concluye en vista a la importancia social apuntada a la actividad de intermediación financiera, la necesidad de su regulación, además de la verdadera **función preventiva** que cumple la pena para este delito, en el sentido de que previene que con la

actividad de intermediación financiera no autorizada, se **ponga en riesgo** el ahorro del público o la estabilidad del sistema financiero, además de que sirva como instrumento para realizar actividades delictivas aun más lesivas, tales como la estafa, administración fraudulenta o legitimación de capitales provenientes del narcotráfico.

Es por tal que consideramos que ala hipótesis de propuesta inicialmente para este trabajo no se cumple cabalmente, pues el tipo penal, si bien no es óptimo, (pues puede mejorarse tal como se propondrá en las recomendaciones), si es adecuado y **pertinente** para regular la actividad de intermediación financiera realizada al margen de la regulación estatal.

Titulo II

Recomendaciones

Mantengo mi posición sobre la importancia de regular penalmente la actividad de intermediación financiera no autorizada, pues ésta consiste en una de las actividades más importantes desarrolladas dentro de la economía, y la cual, cuando se realiza al margen de la regulación del Estado puede causar, daños severos no solo a un grupo de ahorradores, sino también al sistema financiero en general.

Sin embargo, considero que es importante propulsar una reforma legal destinada a mejorar el tipo penal, que regula tal actividad, especialmente en dos consideraciones:

1. En primer lugar, pues la interpretación sobre la regulación penal de las organizaciones cooperativas, en relación con el artículo 157 de la LOBBCR, y el artículo 37 de la LRAIFOC, puede crear controversias, especialmente, por la interpretación de ambos artículos, y la posibilidad de que se considere, especialmente en el ámbito judicial (el ámbito doctrinario es aparte) de que se está haciendo uso de una analogía jurídica, la cual está prohibida a todas luces, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, en el ámbito de la imposición de penas.

Sin embargo, mi posición al respecto, y siendo que existe un interés público en la regulación de los intermediarios financieros que operan en el sistema, es que tales instituciones (cooperativas de ahorro y crédito en un círculo abierto), **Si deberían** estar sometidas al control penal del artículo 157. Por lo tanto, en procura de mejorar esta regulación, el texto del artículo 157, debería reformarse para que contemple la intermediación financiera cooperativa, agregándose así, el texto que aparece resaltado a continuación:

Artículo 157. Penas de prisión

Será sancionado, con pena de prisión de tres a seis años, el que:

a) *Realice intermediación financiera e **intermediación financiera cooperativa**, sin estar autorizado.*

b) *Permita o autorice que, en sus oficinas, se realicen tales actividades no autorizadas.*

La entidad autorizada que permita o autorice los hechos a que se refiere el inciso b) será solidariamente responsable de los daños y perjuicios causados.

2. En segundo lugar es importante, mejorar el conocimiento que al respecto de tal delito tienen los operadores judiciales, promoviendo capacitaciones y

charlas relacionadas al estudio del mismo, pues es poco común que en el ámbito jurídico se maneje con soltura por parte de los operadores judiciales, nociones que son propias de la economía y finanzas, por lo cual tales casos, cuando están en investigación, implican por su naturaleza complejos informes periciales.

Así finalmente, es importante terminar este trabajo acotando que el aporte que se ha pretendido presentar con el mismo, es realizar un estudio detallado sobre el delito de intermediación financiera no autorizada, dado el escaso estudio que se le da a tal actividad, desde la óptica penal.

Ya que si bien, la información que se encuentra sobre intermediación financiera como actividad legal es amplia, (aunque de difícil comprensión para una persona que cuente con escasos estudios de economía y finanzas), lo cierto es que la literatura y material didáctico existentes sobre esta actividad, enfocados desde la óptica del Derecho penal, son realmente escasos, tanto en el ámbito doctrinario internacional, como en el nacional, pues la mayoría de textos se enfocan en otros delitos económicos de mayor incidencia. Ante tal vacío, ha sido nuestro interés presentar un estudio que pretenda armonizar el estudio penal de la actividad de intermediación financiera, con los instrumentos y conceptos económicos y financieros que rodean a la misma.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ISSA EL KHOURY, Henry. (2004). Delitos Económicos Modernos. San José Costa Rica. EDITORAMA.
2. PACHECO GIL, Rufino . (1998) 125 años del Banco Anglo Costarricense en la Historia de Costa Rica. Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José.
3. ESCOTO LEIVA, Roxana. (2001). Banca Comercial. Editorial Universidad Estatal a Distancia.
4. Fondo Monetario Internacional. Manual De Estadísticas Monetarias Y Financieras. International Monetary Found. Washington, Estados Unidos. 2001.
5. CARRILLO FLORES, Fernando. PINZÓN SÁNCHEZ, Jorge. (1985) Sector financiero y delincuencia económica. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
6. BERNAL CUELLAR, Jaime. OSORIO BUSTOS, Carlos Fernando. (1985) Delitos Financieros. Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
7. BINDER, Alberto M. (1997). Política Criminal, de la formulación a la praxis. Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina.
8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (1987). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. EDIAR. Buenos Aires Argentina.
9. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando A. (1998). Los Delitos Económicos En La Actividad Financiera. Santa Fé de Bogotá. CO. 2 ed. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

10. TIEDEMAN, Klaus. (1985). Poder Económico y Delito. (Introducción al Derecho Penal Económico y de Empresa.) Editorial Ariel S.A. Barcelona. España.
11. RECIO, José. VILLER, Julio. (1989) El Banco Central y la intermediación financiera, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Depalma.
12. MELÉNDEZ SEGURA, Carlos Alberto. (2006) Manual Teórico Práctico En Delitos Económicos. San José, Costa Rica. Guilá imprenta y Litografía.
13. HERNÁNDEZ BRENES, Mariela; SABORÍO FLORES, Sonia María. (1990) El Régimen Jurídico De Intervención De La Administración En El Sistema Financiero. San José, Costa Rica. Editorial: UCR.
14. Heredero, José Luis. (1969) Los Delitos Financieros en la Jurisprudencia Española. Barcelona, España. Editorial Bosch.
15. L LE ROY MILLAR, Roger. PULSINELLI, Robert W. (1992) Moneda y Banca. Segunda edición. Traducción ROSAS LOPETEGUI, Gloria Elizabeth. Editorial McGraw-Hill.
16. MAYORGA RAMÍREZ, Francisco. (1963) La Pena. Universidad Autónoma de Nicaragua. Faculta de Ciencias Jurídicas y Sociales. Tesis de Doctorado en Derecho.

Códigos

17. Código Penal. Ley No. 4573. República de Costa Rica.

Revistas

18. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. (1995) Revista de Ciencias Penales. Política Criminal y Estado. Edición: 1995. Mes: Diciembre. Pág.: 10. Número: 12.
19. ISSA EL-KHOURY JACOB, Henry. CHIRINO SANCHEZ, Alfredo. (1993) Revista de Ciencias Penales. Bien Jurídico y Derecho de Castigar del Estado. Comentarios Sugeridos por una Sentencia de la Sala Constitucional. San José. Costa Rica.
20. ROJAS CHAN. Anayansi. Sobre la Intermediación Financiera y Bursátil. Revista Iustitia, año II, Nº. 129.
21. PLEITEZ, William (1990). El Estado democrático de Derecho en el Salvador. Política Económica en el Estado Democrático de Derecho. Año de la revista: 1990. El Salvador.
22. FERRAJOLI, Luigi. (1992) Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. Revista de ciencias penales. No. 5, Mes: Marzo-Junio; Volumen 4: páginas de revista: 2. Costa Rica.
23. CRUZ CASTRO, Fernando. (1994) Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: La inevitable perversión del sistema penal. Revista de Ciencias Penales. No. 9, Mes: Noviembre; Volumen 6: páginas de revista: 27. Costa Rica.
24. ROJAS SALAS, Manuel. (1998) La criminalidad empresarial. Revista de Ciencias Penales. No. 15, Mes: Diciembre; Volumen Año 10: páginas de revista: 83-90. Costa Rica.

25. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. (2004) Las Pena Privativa De Libertad En El Derecho Comparado. Revista General de Derecho Penal, nº 1, Iustel.
26. FERRAJOLI, Luigi. (1992) Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales. Traducción del profesor ANTILLÓN M. Walter, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

Entrevistas

27. Entrevista con el señor Carlos Alberto Meléndez Segura. Fiscal de la Fiscalía de Delitos Económicos Corrupción Y Tributarios. Viernes 25 de julio de 2008.
28. Entrevista con el Señor Luís Alberto Venegas Marín. Fiscal Auxiliar de la Fiscalía de Delitos Económicos Corrupción Y Tributarios.

Libros Electrónicos (e-books)

29. DELGADO SÁNCHEZ, Olga María. LÓPEZ ORDÓÑEZ, María del Milagro. (2002). Análisis del margen de intermediación financiera de los bancos estatales de Costa Rica, a partir de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, Ley 7558, promulgada el 03 de noviembre de 1995. Una producción editorial del Centro de Información Álvaro Castro J. www.aci.com/areacentrodeinformación/vol3no12
30. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier. (2004) Las Pena Privativa De Libertad En El Derecho Comparado. E-book. Revista General de Derecho Penal, nº 1, Iustel. www.cienciaspenales.net

Trabajos Finales de Graduación

31. BLANCO BARBOSA, Viviana. SAÉNZ LEIVA, Julissa. (2002) Riesgos bancarios y sistemas de calificación de crédito. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Economía. Escuela de Economía. Universidad de Costa Rica.
32. SALAZAR CARVAJAL, Juan Pablo. (1998). Sistema Penal en la Sociedad Democrática. Tesis para optar por el grado de licenciado en derecho. Universidad de Costa Rica.
33. MADRIGAL BORLOZ, Víctor Hugo. SITTENFELD HERNÁNDEZ, Pamela. WEINSTOCK MENDELWICZ, Uri. (1995). Supervisión de la Intermediación Financiera Bancaria en Costa Rica. Seminario de Graduación para Optar al Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Ciudad Universitaria Rodrigo Facio.
34. ZAMORA MURILLO, Luis Alberto. (1993) El Sistema Financiero y la Intermediación Bancaria el Sistema Económico de Costa Rica (1949-1992) El caso del Banco Nacional. Tesis sometida a consideración del Programa de Estudios de Posgrado en Administración Pública para Optar por el Grado de Magíster Scientae en Administración Pública. Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio", Costa Rica.
35. CARRANZA RODRÍGUEZ, Anar. VARGAS PACHECO, Henry. (1996) Implicaciones de la Ley de Regulación de la Actividad Financiera de las Organizaciones Cooperativas, en relación con las Cooperativas de Ahorro y

- Crédito. Tesis de Grado para optar por Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
36. CHARTIER FUSCALDO, Michel. (1993). La Intermediación Financiera de las Cooperativas en Costa Rica (y Otros Países). Tesis de Grado para optar por Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica.
37. MUÑOZ CERDAS, Andrea. (2007) Modernización de la Banca Estatal. Maestría En Derecho Público. Universidad de Costa Rica.
38. RAMÍREZ GONZÁLEZ, Kattia. (2002) Margen de intermediación financiera: análisis de Bancos privados y estatales. Tesis de la maestría en economía, con énfasis en economía empresarial. Universidad de Costa Rica. Sistema de Estudios de Postgrado.
39. VARGAS VARGAS, Ana Marta. LEIVA DÍAZ, Sara Patricia. SOLERA MATA, Sergio Martín. (1995) Margen de intermediación financiera. Tesis de licenciatura en administración de negocios con énfasis en finanzas. Universidad de Costa Rica. Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Administración de Negocios.
40. ARIAS SOTO, Sara Patricia. (1998) Delito Financiero y Delito Bursátil: Análisis de los principios políticos criminales para orientar una reforma al código penal. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Conferencias y Seminarios

41. GONZÁLEZ VEGA, Claudio. (Marzo, 1990.) Seminario Sobre Políticas Económicas en Costa Rica. Políticas de Intermediación Financiera. San José Costa Rica.
42. CARRANZA, Elías. Política Criminal Y Humanismo En La Reforma De La Justicia Penal. Síntesis de la conferencia pronunciada en el Congreso Regional sobre la Reforma de la Justicia Penal. Guatemala, 5 al 8 de marzo de 1991.

Leyes

43. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica (ley n.º 7558). Asamblea Legislativa. República de Costa Rica. Actualizada y revisada al 3 de junio del 2005.
44. Ley Reguladora Del Mercado De Valores. Ley No. 7732 de 17 de diciembre de 1997. Publicada en La Gaceta No. 18 de 27 de enero de 1998.
45. Ley Orgánica del Sistema Bancario Nacional, Ley No. 1644 de 25 de septiembre de 1953 Publicada en La Gaceta No. 219 de 27 de septiembre de 1953. Asamblea Legislativa de Costa Rica.
46. Ley Reguladora de Empresas Financieras No Bancarias No. 5044, de 13 de septiembre de 1972 Publicada en La Gaceta No. 180 de 22 de septiembre de 1972.
47. Ley De Modernización Del Sistema Financiero De La Republica Ley No. 7107 de 4 de noviembre de 1988.

48. Ley De Asociaciones Cooperativas y Creación Del Instituto De Fomento Cooperativo Ley No. 4179 de 22 de agosto de 1968 Publicada en La Gaceta No. 195 de 29 de agosto de 1968.
49. Ley de Asociaciones Solidaristas Ley No. 6970 de 7 de noviembre de 1984 Publicada en La Gaceta No. 227 de 28 de noviembre de 1984.
50. Ley De Regulación De La Actividad De Intermediación Financiera De Las Organizaciones Cooperativas. Ley 7391. Del el 25 de mayo de 1994.
51. Ley de Creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública ley No. 8275, del 6 de mayo del 2002, publicada en la gaceta 94 del 17 de mayo de 2002.

Reglamentos y Otras Directrices

52. Reglamento a La Ley Reguladora De Empresas Financieras No Bancarias Decreto No. 19530-H de 6 de marzo de 1990, Publicado en La Gaceta No. 69 de 9 de abril de 1990.
53. Instructivo Para El Trámite De Inscripción De Las Empresas Financieras No Bancarias. Superintendencia General de Entidades Financieras. Portal virtual www.sufeg.fi.cr/normativa.

Periódicos

54. QUESADA CÉSPEDES, Wilberth. Polémica y altas tasas azotan a sistema financiero. El financiero 17 octubre 2004.

Otros Documentos

55. SALGADO RODRÍGUEZ, (2002) Sonia Elena. Delito de Intermediación Financiera no Autorizada. La Responsabilidad Penal del Gerente. Juris Abogados. Costa Rica.
56. VALVERDE PEÑA, Alexander. Intermediación Financiera y Bursátil. Investigación no publicada. Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos Corrupción y Tributarios. Ministerio Público. San José, Costa Rica.
57. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 1996. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
58. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 1997. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
59. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 1998. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
60. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 1999. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
61. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2000. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
62. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2001. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
63. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2002. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.

64. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2003. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
65. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2004. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
66. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2005. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.
67. Anuarios Estadísticos del Poder Judicial. Año 2006. Departamento de Planificación y Estadística del Poder Judicial.

ANEXOS

ANEXO 1**Entidades Financieras Bancarias Privadas que operan en Costa Rica para el período de diciembre de 2007:**

- 1) Banco Lafise S.A.,
- 2) Banco Improsa, S.A.,
- 3) Banco HSBC Costa Rica,
- 4) Banco General Costa Rica Sociedad Anónima,
- 5) Banca Promérica, S.A.,
- 6) Banco BAC San José S.A.,
- 7) Banco Uno S.A.,
- 8) Banco BCT S.A.,
- 9) Banco Cathay de Costa Rica, S.A.,
- 10) Citibank (Costa Rica), S.A.,
- 11) Banco Cuscatlán de Costa Rica S.A., y
- 12) Scotiabank de Costa Rica, S.A.

Fuente: Superintendencia General de Entidades Financieras

ANEXO 2**Entidades Financieras No Bancarias Privadas, que operan en Costa Rica para el período de diciembre de 2007:**

- 1) Financiera Cafsa, S.A.,
- 2) Financiera ACOBO, S.A.,
- 3) Corporación Interamericana para el Financiamiento de la Infraestructura, CIFI S.A.,
- 4) Corporación Interamericana para el Financiamiento de la Infraestructura, CIFI S.A.,
- 5) Financiera Desyfin S.A.,
- 6) Financiera Comeca, S.A.,
- 7) Financiera Multivalores S.A, y
- 8) Financia S.A.)

Fuente: Superintendencia General de Entidades Financieras

ANEXO 3

Entidades Financieras No Bancarias Creadas por Otras Leyes Especiales, que operan en el país para diciembre de 2007:

- 1) Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Comunidad de Ciudad Quesada R.L.
- 2) Cooperativa Aserriceña de Ahorro y Crédito R.L. (COOPEASERRI, R.L.),
- 3) Cooperativa de Ahorro y Crédito Antonio Vega Granados R.L.,⁴
- 4) Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Empleados del Sector Salud Costarricense R.L.,
- 5) Cooperativa de Ahorro y Crédito Refaccionario de Vecinos de Acosta R.L.,
- 6) Cooperativa de Ahorro y Crédito y Servicios Múltiples Alianza de Pérez Zeledón R.L.,
- 7) Cooperativa de Ahorro y Crédito y Servicios Múltiples Alianza de Pérez Zeledón R.L.,
- 8) Cooperativa de Ahorro y Crédito La Amistad, R.L. (COOPEAMISTAD R.L.),
- 9) Cooperativa de Ahorro y Crédito ANDE No. 1 R.L.,

- 10) Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Educadores de la Región Huétar Norte RL (COOPEANDE No 7 R.L.),
- 11) Cooperativa Ahorro y Crédito de Servidores y Empleados del Instituto Costarricense Acueductos y Alcantarillados y Af R.L (COOPE A Y A R.L.),
- 12) Coop. de Ahorro y Créd. de los Emp. del Banco Popular, R.L. (COOPEBANPO R.L.),
- 13) Cooperativa de Ahorro y Crédito Refaccionario de Alfaro Ruiz R.L. (COOPECAR R.L.),
- 14) Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Empleados de la Contraloría General de la República R L (COOPECO R L),
- 15) Cooperativa de Ahorro y Crédito de Empleados de la CNFL, ICE, R.L.,
- 16) Cooperativa de Ahorro y Crédito y Servicios Múltiples de los Servidores Judiciales R.L.,
- 17) Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Productores de Leche R L (COOPELECHEROS R L),
- 18) Cooperativa de Ahorro y Crédito y Servicios Múltiples de Maestros Pensionados y en Servicio Abierto a la Comunidad R.L.,
- 19) Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Empleados del MEP R.L.,

- 20) Servicios Cooperativos Nacionales de Ahorro y Crédito de los Trabajadores Costarricenses R.L.
- 21) Coopemex R.L.,
- 22) Cooperativa Nacional de Educadores R.L.,
- 23) Cooperativa de Ahorro y Crédito Refraccionario de la Comunidad de Orotina R.L.,
- 24) Cooperativa de Ahorro y Crédito de San Marcos de Tarrazú R.L.,
- 25) Cooperativa Ahorro y Crédito Refaccionario de la Comunidad de Esparza R.L.,
- 26) Cooperativa de Ahorro y Crédito Refaccionario y Servicios Múltiples de la Comunidad de San Ramón R.L.,
- 27) Cooperativa de Ahorro y Crédito Tacares de Grecia R.L. (COOPETACARES R.L.),
- 28) Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Comunidad de Grecia, R.L.,
- 29) Coop. de Ahorro y Créd. de Servidores Públicos, R.L. (COOPESERVIDORES R.L.),
- 30) Cooperativa de Ahorro y Crédito para el Desarrollo R.L.,
- 31) Servicios Cooperativos R.L.

Fuente: Superintendencia General de Entidades Financieras

ANEXO 4**Casas de cambio sujetas a fiscalización de la SUGEF, que operan en el país para diciembre de 2007:**

- 1) Global Exchange Casa de Cambio S.A,
- 2) Interbolsa Casa de Cambio S A,
- 3) Casa de Cambio Tele Dólar Expreso S.A.

Fuente: Superintendencia General de Entidades Financieras