

No. 22

REVISTA

IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO



Panamá
2008

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Víctor Delgado

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Camilo Valdés

Director de la Escuela de Derecho

Laurentino Díaz López

Director de la Revista

La Universidad Católica Santa María
La Antigua no se hace responsable
de las ideas, opiniones y doctrinas
expuestas por los autores de los
trabajos publicados.

Quedan reservados todos los dere-
chos de propiedad intelectual sobre
lo publicado en esta revista.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua
Editorial: La Antigua
Imprenta: USMA

INDICE

EL COBRO COACTIVO EN EL DERECHO PANAMEÑO ISAAC CHANG VEGA.....	7
PROTECCIÓN DE LAS MARCAS FAMOSAS Y NOTORIAS EN EL DERECHO PENAL Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL MARCARIA ENRIQUE ALEJANDRO P. ALVARADO	23
DEFRAUDACIÓN INFORMATICA BANCARIA JOSE LUIS BARSALLO	71
LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO CAROLINA REGALES BEJARANO	107
LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN A LA DOCTRINA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. VÍCTOR ATENCIO G.....	123
LA LABOR DE LA RELATORIA DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE LA OEA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN PANAMÁ ANDRÉS PIZARRO SOTOMAYOR	145

—

*La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua, pone en manos de nuestros apreciados lectores un nuevo número de la revista *Justitia et Pulchritudo*, con el aporte de nuestros apreciados colaboradores.*

Hemos incluido en este número algunos trabajos de escritores noveles, egresados de nuestra Facultad, pero que pronto comenzarán a dar frutos sazonados.

Nos referimos, en esta oportunidad, a la licenciada Carolina Regales, quien una vez concluidos sus estudios en nuestra Universidad, siguió una especialización en centros extranjero en donde se graduó, como fue en Panamá, con el primer puesto de la promoción. El licenciado Víctor Atencio quien nos deja entrever sus preocupaciones sobre los derechos humanos con un artículo amplio y bien documentado sobre el tema. Y en fin, el licenciado Andrés Pizarro, también egresado de nuestra Facultad, quien también incursiona en su trabajo en los derechos humanos, pero en el ámbito americano.

Para ellos nuestras felicitaciones y los deseos más sinceros de que sigan el camino de la investigación aportando sus trabajos para bien de nuestros lectores.

—

EI COBRO COACTIVO EN EL DERECHO PANAMEÑO

ISAAC CHANG VEGA

Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional. Hizo estudios de investigación criminalística en el National Training Institute (DEA) Department of Justice, Washington D.C., 1975. Seminario de Policía y Derechos Humanos en la Academia de Policía de París bajo los auspicios de la UNESCO.

A lo largo de su amplia vida como abogado, ha ejercido los siguientes cargos en el Ministerio Público:

Personero Primero Municipal de Panamá, Primer Suplente. Secretario de la Procuraduría General de la Nación. Fiscal Delegado de la Procuraduría de la Nación. Fiscal Auxiliar de la República y Procurador General de la Nación.

En el Órgano Judicial, se ha desempeñado como:

Juez Municipal (Boquerón, Barú, Bugaba y Panamá), Juez Quinto del Circuito de Panamá, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Presidente de la Segunda Sala de lo Penal C.S.J. y Vicepresidente de la Corporación.

Entre sus numerosas publicaciones ha colaborado con asiduidad en numerosas revistas de carácter jurídico y entre sus libros citemos: Curso de Derecho Procesal, parte general, Vol, I, Curso de Orientación Profesional y Práctica Forense; Curso de Derecho Procesal Penal y Curso de Derecho Procesal, parte especial.

En la actualidad desempeña la cátedra de Derecho Procesal en la US-MA y es miembro asociado de la Firma Forense Chang & Chang Abogados.

1. Palabras preliminares

Los Estados modernos se organizan conforme a los principios políticos difundidos por Montesquieu: Tres Poderes (órganos según la dogmática de nuestra Constitución Política) independientes entre sí que laboran limitada y separadamente pero en armónica colaboración. El Poder Legislativo es el encargado de elaborar las leyes necesarias para el desarrollo del país y regular la conducta de los miembros de la sociedad para lograr la convivencia pacífica y la seguridad social. El Órgano Judicial es el encargado de la función jurisdiccional y de mantener la supremacía constitucional sobre el ordenamiento legal. Al Órgano Ejecutivo le corresponde la administración y ejecución de todas las actividades que son consecuencia del ejercicio de los otros Órganos. La República de Panamá está organizada de esta manera (artículo 2 de la Constitución Nacional).

Pues bien, en su función de administrador público el Órgano Ejecutivo, constituido por el Presidente de la República y los Ministros de Estado (artículo 176 C.N.) tiene la obligación de proveerse de los medios financieros para mantener la burocracia estatal, y darle cumplimiento a la política de desarrollo material y social. Por ello el Ejecutivo está obligado a dotar al país de los servicios que sean necesarios tales como hospitales, escuelas, carreteras, calles, puertos, el pago de sus obligaciones internacionales, etc. (artículo 184, numeral 7 C. N.).

Cuando los recursos financieros del Estado (impuestos y tasas de servicios) no son acopiados de manera apropiada, conforme a la ley, porque los contribuyentes incurren en mora, la administración pública se ve precisada a perseguir el cobro de sus impuestos y tasas de servicios por medio de acciones coercitivas. Pero como el Estado funciona mediante Presupuestos anuos no puede recurrir a la jurisdicción ordinaria por la lentitud con que se desenvuelven los Tribunales Judiciales (donde parece que se cumple el aforismo de que “las cosas de Palacio caminan despacio”). Frente a esta realidad el Legislativo se ha visto en la necesidad de crearle al órgano Ejecutivo un mecanismo ágil y expedito para que pueda cobrar sus acreencias. Surge así la llamada *Jurisdicción Coactiva*.

La Jurisdicción coactiva es uno de los privilegios que se ha concedido a las entidades de Derecho Público y que son absolutamente

necesarios para que puedan subsistir. Este privilegio consiste en que tales entidades no litigan desde un mismo pie de igualdad con los particulares, ya que los recaudadores, al cobrar las cantidades que se le adeudan a la entidad de Derecho Público, aparentemente ejercen las funciones de juez y parte, pues adelantan por sí mismos los procesos, pueden denunciar y al mismo tiempo embargar bienes y llevarlos a remate.

El Código Judicial de 1917, hoy derogado, introdujo el cobro coactivo en los artículos 1277 a 1286, otorgándole dicho proceso a “..los empleados públicos o entidades jurídicas que tengan por la ley jurisdicción coactiva para el cobro de las rentas públicas nacionales o municipales...” y le llamó a este procedimiento **“Juicio Ejecutivo por Jurisdicción coactiva”**

El Código Judicial que entró a regir el 1 de abril de 1987 mantuvo el proceso privilegiado para el cobro de las rentas públicas nacionales o municipales y de las entidades autónomas y semiautónomas del Estado pero le llamó simplemente **“Cobro Coactivo”**, porque se sostiene que, en verdad, no existe en nuestro medio una verdadera jurisdicción, esto es no hay tribunales de primera y segunda instancia. Sin embargo la tramitación de dicho cobro sigue siendo la de un proceso ejecutivo.

2. Desarrollo del Juicio Ejecutivo,

Para abordar apropiadamente el estudio del hoy llamado, en nuestro Código Procesal, “Cobro coactivo” es necesario buscar en la historia jurídica el origen y desarrollo del juicio ejecutivo. Sus primeros momentos se remontan a la alta Edad Media, cuando el olvidado Derecho Romano cobra vida nuevamente gracias a los estudios sistemáticos de los glosadores y canonistas.

3. El Juicio Ejecutivo en el Derecho Romano.

No es exagerado afirmar que las instituciones civiles de hoy día tienen su génesis en el Derecho Romano. Tratar de encontrarle otro origen prístino es aventurado. Por tal razón al examinar cualesquiera de los procesos civiles nos obliga a escudriñar en el remoto Derecho Romano y con toda seguridad allí encontraremos sus antecedentes primarios.

Los romanistas más destacados coinciden en que anterior a la Ley de las Doce Tablas no existían ni las acciones ni las obligaciones. El conjunto de usos y costumbres de los primitivos habitantes de la ciudad que se transmitían de generación en generación se convierte en ley es-

crita con la Ley de las Doce Tablas en la que se crean las normas jurídicas aplicables a toda la civilización romana; a partir de entonces se establece un derecho uniforme.

Con la Ley de las Doce Tablas se estableció un procedimiento judicial uniforme con las llamadas *Legis actionis* (acciones de la Ley) que creaba el mecanismo que serviría para probar la existencia y validez de las obligaciones ante los jueces. Cinco fueron las acciones de la Ley a saber: 1. La acción *per sacramentum*; 2. *La Judicis postulatio*; 3. *La condictio*; 4. *La manus injectus*; 5. *La pignoris capio*. Las tres primeras fueron destinadas a obtener lo que hoy llamamos procesos de conocimientos, en tanto que las dos últimas se emplearon para los procesos ejecutivos.

3.1. *La manus injectus* aparece en el Derecho Romano como un procedimiento de ejecución de los juicios que se aplica directamente en la persona del deudor; no se persiguen directamente los bienes del ejecutado sino como una consecuencia del aprehendimiento de su propietario (el deudor) ¹ El procedimiento era sumario, pues “pasados treinta días después de la sentencia, el litigante victorioso llevaba al *iudicatus* ante el magistrado, y allí expresaba el crédito que tenía contra dicho *iudicatus* y la falta de pago del mismo. Para detener el procedimiento, el *iudicatus* debía pagar inmediatamente, o presentar una tercera persona (*vindex*) que negare la validez de la sentencia y se comprometiese a demostrarlo en nuevo proceso, en el que si no lo lograba, sería condenado a pagar el doble. No pagando en el acto ni presentado el *vindex*, el magistrado hacía entrega (*addictio*) del *iudicatus* al favorecido por la sentencia, el cual previamente pronunciaba estas palabras solemnes: “*Quod tu mihi es sestertium Xmilia quandoc non solvisti ob eam rem ego tibi sestertium Xmilium iudicati mnum injicio*” al mismo tiempo que hacía el gesto simbólico de agarrar al *iudicatus*.”

“Este, una vez el *addictus*, es tenido preso por su acreedor en una situación parecida, aunque no exacta, a la de los esclavos, durante un periodo de sesenta días. Dentro de dicho período, condenado y victorioso pueden concluir un acuerdo, y son pregonadas en tres mercados las circunstancias en que aquel se encuentra por si alguien quiere librarle pagando al acreedor. Pasados los sesenta días, éste dispone en absoluto de él, pudiendo antiguamente matarlo o venderlo como esclavo. La *lex Poetelia Papiria*, de fines del siglo IV, antes de Jesucristo, suprimió estas facultades, dejándolas reducidas a una prolongación indefinida de

¹ BRAVO GONZALEZ, Valentín y BIALOSTOSKY, Sara, **Compendio de Derecho Romano**, Editorial Pax, México, Librería Carlos Cesarman, S. A., México, 1966, p. 168

la situación de los sesenta días siguientes a la *addictio*, hasta que el trabajo personal del deudor satisficiera al acreedor.”¹

3.2. La *Pignoris capio*. “ Se llama *pignoris capio* al acto por el cual el acreedor toma, pronunciando fórmulas sacramentales, bienes del deudor a título de prenda; para que sea válida debe estar autorizada por la costumbre o por la ley y en razón de un interés militar, sagrado o fiscal.”² Se desprende, pues, de la definición expuesta que esta acción tenía en el Derecho Romano un carácter excepcional. Sólo podía utilizarse para hacer efectivos limitados créditos, y presenta como rasgo que la separa de las demás que no se verifica ante el magistrado. En cuanto a las formalidades, sabemos que la *pignoris capio* debía hacerse pronunciando ciertas palabras solemnes (*certis verbis*), las cuales se desconocen.³

4. El Proceso Ejecutivo en el Derecho Moderno.

Se suele ubicar el proceso ejecutivo, que hoy conocemos como moderno, en la alta Edad Media. Hasta entonces sólo se conocía el proceso ordinario llamado *solemne ordo iudicarius*, que era un “juicio” lento en sus trámites, sumamente oneroso para las partes, complejo y excesivamente ritualista.

Frente a la lentitud del proceso ordinario el Derecho Canónico creó el proceso sumario de procedimiento ágil y abreviado. Este aporte de los canonistas fue receptado por el derecho laico que lo difundió por toda Europa. Todos los reclamos por créditos y obligaciones no cumplidas se sometieron al procedimiento sumario. Al aplicar este proceso a los créditos comerciales se le denominó “pacto ejecutivo”. Este pacto se tenía que extender ante notario y en él se incluía una cláusula de garantía que equivalía a una confesión. En dicho pacto el deudor aceptaba ser ejecutado (condenado civilmente) en caso de incumplir con la obligación pactada; este pacto se fue imponiendo lentamente en el derecho europeo.

Cuando el deudor no cumplía con la obligación pactada acudía ante el Juez quien libraba una orden para conminarlo a pagar de inmediato. Si el deudor no pagaba, pese la orden girada en su contra, el Juez ordenaba la venta y adjudicación de sus bienes. Aquel procedimiento persiste hasta nuestros días llamándose “mandamiento de pago”.

5. El Juicio Ejecutivo por cobro coactivo.

¹ ARIAS RAMOS, J., **Derecho Romano**, Revista de Derecho Privado, Madrid, S/F, p. 162.

² BRAVO GONZALEZ, A., y BIALOTOSKY, Sara, op. cit, p. 163.

³ ARIAS RAMOS, J., op. cit., p. 163.

La doctrina dominante regula un procedimiento privilegiado en favor de ciertas entidades del Estado para el cobro de impuestos tasas por servicios públicos prestados por aquellas o que se originan en actos de poder de las autoridades; este procedimiento especial lo designa como **Juicio Ejecutivo por Jurisdicción Coactiva**. Es, en verdad, un juicio de ejecución; un raro fenómeno de un verdadero proceso ejecutivo dentro del proceso civil; es un juicio contencioso (se da conflicto) sin que exista la parte demandante propiamente tal.

El Código Judicial de 1917 llamó adecuadamente, en su momento, a este proceso “Juicio Ejecutivo por Jurisdicción Coactiva” pues su tramitación era sometida, igual que hoy, a las reglas procesales del juicio ejecutivo común; lo regulaba en el capítulo Tercero del Título VI del Libro Segundo, artículos 1777 a 1286. El Código vigente se ocupa de dicho proceso en el Capítulo VIII, Título XIV, del Libro Segundo, designándolo con el nombre de **Proceso por Cobro Coactivo**; le destina nueve artículos a su regulación, adoptando las normas de procedimiento sobre los procesos ejecutivos comunes.

El artículo 1777 del Código Judicial dice:

Los funcionarios públicos, los gerentes y directores de entidades autónomas o semiautónomas y demás entidades públicas del Estado a quienes la ley atribuya el ejercicio del cobro coactivo, procederán ejecutivamente en la aplicación de la misma, de conformidad con las disposiciones de los Capítulos anteriores y demás normas legales sobre la materia.

En los procesos por cobro coactivo **el funcionario ejerce las funciones de juez** y tendrá como ejecutante la institución pública en cuyo nombre actúa.

En estos procesos no podrán debatirse cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa.

En estos procesos no habrá condena en costas, salvo las relativas a gastos que hayan sido estrictamente necesarios para la tramitación, absteniéndose de tasar o conceder aquellos excesivos, superfluos o inútiles y los que para su comprobación no se evidencien con la correspondiente factura, tomando en consideración para tales fines los usos y costumbre de cada lugar. (Destacado nuestro).

La norma transcrita nos indica claramente que el proceso por cobro coactivo se llevará a cabo **ejecutivamente** y de conformidad con las

disposiciones de los capítulos anteriores que son los que regulan precisamente los procesos de ejecución a saber: ejecutivo común, ejecutivo hipotecario y ejecutivo prendario. Por tanto en el cobro coactivo estamos frente a un típico **proceso ejecutivo. (destacado nuestro)**.

Es decir, el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva no es otra cosa que un proceso de ejecución con un **procedimiento extraordinario privilegiado** que se confiere a organismos estatales o a determinados funcionarios públicos no jurisdiccionales, con la finalidad de facilitar la recaudación de impuestos, cobros de tasa de servicios públicos, etc. Es el raro fenómeno de un verdadero proceso ejecutivo dentro del proceso civil en el cual el funcionario administrativo ejerce las funciones de juez y parte, por representar éste los derechos de la administración ejecutante.

Morales Molina señala que “La jurisdicción coactiva es uno de los privilegios llamados por Hauriou ‘exorbitante’; que se ha concedido a las entidades de Derecho Público y que son absolutamente necesarios para que puedan subsistir. Este privilegio consiste en que tales entidades no litigan desde un mismo pie de igualdad con los particulares, ya que los recaudadores, al cobrar las cantidades que se adeudan a la entidad de Derecho Público, aparentemente ejercen las funciones de juez y parte, pues adelantan por sí mismos los procesos, pueden denunciar y al mismo tiempo embargar bienes etc.”¹

Los procesos por cobro coactivo, para la recuperación de créditos fiscales a favor de las entidades públicas se llevan a cabo ante los funcionarios del orden administrativo a los cuales la ley ha investido de **jurisdicción coactiva**, a través del proceso ejecutivo, ya sea de mayor o menor cuantía, según el *quantum* de la obligación perseguida.

La Corte Suprema de Justicia cuando tuvo, por primera vez, la oportunidad de referirse al juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva dijo, refiriéndose al ejercicio de dicho proceso por parte del Banco Nacional de Panamá que: “En los juicios que por jurisdicción coactiva adelanta esa entidad, procede en la misma forma que los jueces ordinarios, y por consiguiente en estas funciones, que son de su incumbencia, se equipara a tales jueces y sus resoluciones tienen el carácter de judiciales” (R. J. N° 46 de 1921, II Semestre, p. 390).

El artículo 1777 del Código Judicial, dispone que los funcionarios públicos a quienes la ley otorga facultades para el ejercicio del cobro coactivo, procederán ejecutivamente, de conformidad con las disposicio-

¹ MORALES MOLINA, Hernando, **Curso de Derecho Procesal Civil**, Editorial ABC, Bogotá, Tomo I, Séptima edición, p.95.

nes que regulan el trámite de los procesos ejecutivos. En los procesos por cobro coactivo el funcionario ejercerá las funciones de juez y tendrá como ejecutante a la institución pública a cuyo nombre actúa. No pueden debatirse en estos procesos cuestiones que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa. En estos procesos no habrá condena en costas, salvo las relativas a gastos que hayan sido estrictamente necesarios para la tramitación; se abstendrá de tasar o conceder aquellos gastos excesivos, superfluos o inútiles y los que para su comprobación no se evidencien con la correspondiente factura y se tomará en consideración, para tales fines, los usos y costumbre de cada lugar.

6. Normas aplicables.

Las reglas procesales aplicables en los procesos por cobro coactivo son las mismas del proceso ejecutivo común contenidas en el Capítulo I del Título XIV del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil. Dice el artículo 1777 de la excerta citada que:

Los funcionarios públicos, los gerentes y directores de entidades autónomas o semiautónomas y demás entidades públicas del Estado a quienes la ley atribuya el ejercicio del cobro coactivo, procederán ejecutivamente en la aplicación de la misma de conformidad con las disposiciones de los Capítulos anteriores¹ y demás normas legales sobre la materia.

En los procesos por cobro coactivo el funcionario ejerce las funciones de juez y tendrá como ejecutante la institución pública en cuyo nombre actúa.

En estos procesos no habrá condena en costas, salvo las relativas a gastos que hayan sido estrictamente necesarios para la tramitación, absteniéndose de tasar o conceder aquellos excesivos, superfluos o inútiles y los que para su comprobación no se evidencien con la correspondiente factura, tomando en consideración para tales fines los usos y costumbres de cada lugar.

De manera, pues, que nuestro Código Judicial resulta claro al disponer que los funcionarios públicos, los gerentes y directores de entidades autónomas y semiautónomas y demás entidades públicas del Estado, apliquen las disposiciones procesales del proceso ejecutivo toda vez que en nuestro código procesal comprende también, como ya vimos,

¹ Son los Capítulos que regulan los procesos ejecutivos comunes.

los procesos ejecutivos hipotecario y prendario. Así debe entenderse el artículo 1777 en examen.

7. El Tribunal. Composición.

El Tribunal encargado del cobro coactivo estará integrado por el juez de la ejecución que será el propio funcionario al cual la ley le atribuye el ejercicio de la jurisdicción coactiva; el secretario será un subalterno de la propia oficina. Es lo que dispone el artículo 1778 del Código Judicial, según el cual:

Para la sustanciación del proceso ejecutivo y de las medidas cautelares, el funcionario ejecutor designará por medio de una resolución, un secretario del personal de su oficina. El secretario deberá notificarse de dicha providencia y tomará posesión del cargo ante el respectivo funcionario ejecutor.

8. Formación del expediente.

La actuación del proceso por cobro coactivo, al igual que el proceso ejecutivo común se adelanta por escrito. El Juez Ejecutor (Así se denomina al funcionario administrativo ejecutor) y su secretario tienen el deber, igual que los funcionarios de la jurisdicción ordinaria, de llevar de la manera más completa posible un real expediente al cual pueden acceder de manera libre el ejecutado, los terceros y los apoderados y servirá además este infolio para la información del tribunal de segunda instancia en caso de interponerse algún recurso.

Los secretarios que actúan en los procesos de cobro coactivo tienen los mismos deberes y obligaciones que los secretarios de los tribunales judiciales de la jurisdicción ordinaria (art. 183 C. J.)

9. El título Ejecutivo.

En el Código Judicial de 1917 los títulos ejecutivos de los procesos comunes servían para el llamado "Juicio Ejecutivo por Jurisdicción Coactiva", además de los típicos de esas ejecuciones que se catalogaban en el artículo 1280 de aquella excerta legal. Hoy, el nuevo Código Judicial no hace referencia a los títulos ejecutivos comunes que se encuentran enumerados en el artículo 1613, con lo que podría considerarse a primera vista que ahora no pueden emplearse estos títulos, como recaudo eje-

cutivo en el proceso de cobro coactivo, sino únicamente los que señala el artículo 1779, a saber:

- a) Las liquidaciones de impuestos contenidas en resoluciones ejecutoriadas que practiquen los respectivos funcionarios fiscales, a cargo de los contribuyentes, y la copia de la declaración privada del impuesto sobre la renta y complementarios para el cobro de las sumas adeudadas;
- b) Las copias de los reconocimientos y estados de cuentas a cargo de los deudores por créditos a favor del Tesoro Nacional, de los municipios, de las instituciones autónomas y demás entidades públicas del Estado;
- c) Los alcances líquidos definitivos deducidos contra los responsables de la oficina encargada de examinar y fenecer dichos estados de cuenta, acompañados en todo caso del documento público o privado legalmente constituido de la obligación por la cual se deducen;
- d) Las resoluciones ejecutoriadas de las cuales surjan créditos a favor del Tesoro Nacional, de los municipios, de las entidades autónomas, semiautónomas y demás entidades públicas del Estado;
- e) Las resoluciones ejecutoriadas de funcionarios judiciales, administrativos o de policía que impongan multas a favor de las entidades de derecho público, si no se ha establecido otra forma de recaudo;
- f) Los documentos privados reconocidos por el deudor ante entidades públicas del Estado a las cuales la ley atribuye el ejercicio de cobro coactivo; y,
- g) Cualquier otro documento que la ley expresamente atribuye mérito para el proceso por cobro coactivo.

Hemos sostenido, siempre, que el proceso por cobro coactivo solo debe aplicarse para el cobro de deudas fiscales y los créditos provenientes de actos de poder o autoridad. De manera que el cobro coactivo no puede (no debe) emplearse para los casos de créditos contractuales por préstamos y financiamiento del Banco Nacional, la Caja de Ahorros, el Banco Hipotecario Nacional, Banco de Desarrollo Agropecuario, o Caja de Seguro Social.

No obstante nuestra aprehensión sobre el particular parece superada en la nueva reglamentación que trae el Código Judicial, pues la redacción del numeral 6 del artículo 1779, en comento, dice taxativamente que: Los documentos ***privados reconocidos*** (contratos de

préstamos o financiamiento) por el deudor ante entidades públicas del Estado (Banco Nacional de Panamá, Caja de Ahorros, Banco Hipotecario, Banco de Desarrollo Agropecuario o Caja de Seguro Social) a las cuales la ley atribuye el ejercicio de cobro coactivo, pueden ser usados para el cobro por la vía coactiva de aquellos compromisos contractuales que una persona adquiera con cualesquiera de las entidades estatales precitadas, lo cual a nuestro juicio es ignorar a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

10. Recursos contra las Resoluciones de Cobro Coactivo.

El artículo 1782 del Código Judicial señala que: “Contra las resoluciones de los procesos por cobro coactivo de que trata este Capítulo, podrá interponerse apelación, que será concedida en el efecto devolutivo”. Pareciera, pues, que contra las resoluciones dictadas en los procesos por cobro coactivo sólo procede el recurso de apelación que se concede en el **efecto devolutivo**, lo cual implica la necesidad de pagar lo que se exige en el respectivo auto de mandamiento de pago coactivo mientras se surte el recurso en espera de lo que resuelva el Tribunal Adquem. Este procedimiento representa una gran desventaja procesal para el ejecutado, pues si la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien hace las veces de Tribunal de segunda instancia, revoca la decisión del juez executor lograr la devolución de la suma consignada para poder ser oído demanda demasiado esfuerzo y tiempo, pues al ingresar a la caja común del Tesoro Nacional la suma consignada como prerrequisito para conceder la apelación, los trámites burocráticos no son tan expeditos.

Además de la apelación antes comentada, dentro de los ocho días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, puede el ejecutado proponer las excepciones que crea le favorezcan; pero no se suspenderá la práctica de las diligencias ejecutivas, las cuales deben adelantarse hasta poner el proceso en estado de dictar auto de remate, para aguardar la decisión sobre las excepciones que se hayan propuesto (art. 1682 C. J.)

Las excepciones se tramitan por la vía incidental y requieren de un pronunciamiento especial. Sobre el particular el artículo 698 del Código Judicial dice: “Toda cuestión accesoria de un proceso, que requiera pronunciamiento especial con audiencia de las partes, se tramitará como incidente y se sujetará a las reglas de este Capítulo si no tuviese señalada por ley una tramitación especial”.

Cuando el auto ejecutivo por cobro coactivo se notifique por medio de juez comisionado el término para introducir los recursos a que tiene de-

recho el ejecutado se computarán desde que la comisión (despacho o exhorto) regrese al funcionario competente (Juez Ejecutor), debiendo el secretario anotar la fecha del reingreso de la comisión en el expediente (art 1683 C. J.).

11. Tribunal de Segunda Instancia.

Las decisiones que se expidan por los funcionarios administrativos que ejercen el cobro coactivo son revisadas en “segunda instancia” por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia. El artículo 1780 del Código Judicial dispone que:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conocerá de las apelaciones, incidentes, excepciones, tercerías y nulidades que fueren presentadas en las ejecuciones por cobro coactivo correspondiéndole sustanciar y resolver los recursos, incidentes, excepciones y tercerías. El interesado presentará el escrito correspondiente ante el funcionario que dictó la resolución que se impugna.

Los recursos, tercerías, excepciones e incidentes en los procesos ejecutivos por cobro coactivo se tramitarán en única instancia, correspondiéndole al Pleno de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia decidir los mismos.

12. Transacción.

En el proceso ejecutivo común el ejecutado puede liberar sus bienes antes de su ejecución. El artículo 1713 del Código Judicial dice textualmente que: “En cualquier tiempo antes de adjudicarse provisionalmente el bien, podrá el deudor liberar sus bienes, pagando principal, intereses y costas. Después de adjudicado provisionalmente, quedará la transmisión irrevocable”

En los procesos por cobro coactivo frente a la imposibilidad de darle cumplimiento al artículo 1713 supra citado, es decir, pagar el capital adeudado y los gastos e intereses (recordemos que en los procesos por cobro coactivo no hay condena en costas) computados en el auto de mandamiento de pago, puede el ejecutado, en cualquier tiempo, antes de verificado el remate de los bienes que se le hubiesen embargado, celebrar un arreglo directo con el funcionario ejecutor y establecer un sistema de pago a plazos, que sea convenido por las partes. Así lo permite el artículo 1784 del Código Judicial al señalar de manera diáfana:

En cualquier tiempo, antes de verificado el remate de los bienes, podrá el ejecutado afianzar el monto total del proceso por cualquiera de los medios legales, a satisfacción del funcionario, para celebrar un arreglo directo con el funcionario ejecutor y adoptar un sistema de pago a plazos, que sea convenido por las partes. En caso de incumplimiento, se procederá al remate con arreglo a lo dispuesto en la Sección 10, del Capítulo I, Título XIV de este Libro.

El procedimiento de cobro coactivo, no altera ni modifica, en modo alguno, las disposiciones especiales relativas a la manera de recaudar los impuestos, rentas y tasas sean nacionales, municipales, de las instituciones autónomas, semiautónomas, y demás entidades públicas del Estado (Art. 1785 C. J.)

13. Conclusión.

Justificamos el cobro coactivo cuando se trata de recobrar los impuestos y tasas de servicios, pues el Estado requiere el acopio puntual de sus ingresos impositivos para hacerle frente a los gastos que demanda la gran cantidad de servicios que forzosamente debe prestar a la sociedad en general.

Cuando el ejercicio del cobro coactivo lo llevan a cabo, por delegación del titular de la institución a la cual la ley le ha dado la facultad de ejercerlo, los abogados del Departamento Legal del Banco Nacional, la Caja de Ahorros, el Banco Hipotecario Nacional, el Banco Agropecuario y la Caja de Seguro Social no parece existir mayores problemas en cuanto a la sustanciación de los procesos. Pero cuando dicho procedimiento se adelanta por funcionarios que no son abogados los inconvenientes que surgen son mayores. Por tanto, consideramos que le ley debe exigirle a tales recaudadores conocimientos legales.

Se justifica, repetimos, pero únicamente, a nuestro juicio, en cuanto al cobro de los impuestos y tasas de servicios dejados de satisfacer oportunamente por los contribuyentes. No tiene justificación alguna el quebrantamiento o rompimiento de la estructura del órgano jurisdiccional, para el cobro de obligaciones contractuales entre entidades estatales y particulares. En estos casos, insistimos, esas reclamaciones deben ventilarse a través del órgano jurisdiccional. Así lo recomendamos de *lege ferenda*.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIAS RAMOS, J., **Derecho Romano**, Revista de Derecho Privado, Madrid, S/F.
2. BRAVO GONZALEZ, Valentín y BIALOSTOSKY, Sara, **Compendio de Derecho Romano**, Editorial Pax, México, Librería Carlos Cesarmon, S. A., México, 1966.
3. CORREA ESTRIBÍ, Aurelio, **Naturaleza y Principios Generales que rigen la Jurisdicción Coactiva**, ponencia en el seminario celebrado en el Ministerio de Hacienda y Tesoro, agosto de 1975, Edición mimeografiada, Ministerio de Hacienda y Tesoro, Panamá, 1975.
4. DEVIS ECHANDIA, Hernando, **Compendio de Derecho Procesal**, Editorial ABC, Santa Fe de Bogotá, 1972.
5. FÁBREGA P.; Jorge, **El Proceso Ejecutivo**, Editorial Álvarez, Panamá, 1982.
6. MORLES MOLINA, Hernando, **Curso de Derecho Procesal Civil**, Editorial ABC, Séptima edición, Santa Fe de Bogotá, 1978.

TEXTOS LEGALES.

1. Constitución Política, Edición de 2004.
2. Código Judicial, Edición de 2001.

**PROTECCIÓN DE LAS MARCAS
FAMOSAS Y NOTORIAS
EN EL DERECHO PENAL
Y LA LEGISLACIÓN NACIONAL
E INTERNACIONAL MARCARIA**

ENRIQUE ALEJANDRO P. ALVARADO

En el colegio José Daniel Crespo de Chitré (Provincia de Herrera) obtuvo el título de Bachiller y la licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas lo obtuvo en la Universidad Católica Santa María la Antigua.

Ha seguido cursos especializados en diversas ramas del saber entre los que destacamos Técnico de Administración de Recursos Humanos (C.E.S.A. – APEDE), Curso de Capacitación Pedagógica, Inglés, Oratoria.

Como profesional de Derecho ha desempeñado importantes cargos en diversas firmas de abogados. Asesore jurídico del Banco Nacional, del Credit Lyonnais Intel, Banco de Desarrollo Agropecuario, entre otros.

Desde enero de 1993 es juez en el Juzgado Segundo Municipal Penal, y desde hace varios años se desempeña como catedrático de Derecho Penal en la U.S.M.A.

Es miembro del Colegio Nacional de Abogados y como escritor ha publicado numerosos artículos en revistas nacionales.

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I

1. ASPECTOS GENERALES DE LAS MARCAS

- 1.1 Concepto de marca
- 1.2 Función y sentido económico de las marcas
 - 1.2.1. Función Distintiva
 - 1.2.2. Función de identificación del origen de los bienes y servicios
 - 1.2.3. Función de garantía de calidad
 - 1.2.4. Función Publicitaria
 - 1.2.5. Función Competitiva
 - 1.2.6. Función de Protección del Titular de la Marca
- 1.3 Desarrollo histórico de las marcas
- 1.4 Naturaleza de la Marca

2. ADQUISICIÓN DEL DERECHO A LA MARCA

- 2.1 Noción y Derecho Marcario
- 2.2 Apropiación de la marca
- 2.3 Condiciones de adquisición del derecho

CAPITULO II

1. DE LAS MARCAS REGISTRABLES Y SU INSCRIPCIÓN

- 1.1 En el Derecho Español
- 1.2 Derecho Alemán
- 1.3 Derecho Argentino

2. CONTENIDO DEL DERECHO MARCARIO

- 2.1 Facultades del Titular
- 2.2 La Regla de la Especialidad
- 2.3 Sobre el Riesgo de Confusión

CAPITULO III

1. LAS MARCAS RENOMBRADAS O NOTORIAS

- 1.1 Concepto
 - 1.1.1. Irrelevancia del Uso Privado
 - 1.1.2. Uso Relevante de la Marca
 - 1.1.3. Uso Simultaneo de Varias Marcas
- 2. LA MARCA RENOMBRADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL
 - 2.1. Convenio de Paris
 - 2.1.1. Las Marcas Famosas y Notorias en el Convenio de Paris

2.1.2. Marcas Famosas

2.1.3. Marca Notoria

3. LA MARCA NOTORIA Y FAMOSA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1 De las Normas Positivas Aplicables

3.2 Protección Especial de las Marcas Famosas y Notorias

3.3 Jurisprudencia de los Tribunales de Comercio

3.3.1 Sobre Marcas Famosas

3.3.2 Sobre Marcas Notorias

3.4. Protección Penal de las marcas

3.4.1 Consideraciones Generales

3.4.2 De la legislación vigente y su análisis dogmático

3.4.3 Sobre la doctrina jurisprudencial reciente

INTRODUCCIÓN

Antes de adentrarnos al tema es de importancia reseñar que el abordaje del mismo requiere antes que nada de un repaso a los conceptos fundamentales referentes a las marcas por la especializada que esta área del derecho representa, de modo que podamos repasar gradualmente los elementos mas relevantes de su contenido para arribar fondo del tema, razón por la cual hemos dividido en mismo en tres capítulos, en los que repasamos temas como la noción de marca, su función, al igual que los diversos sistemas jurídicos que versan sobre la función de las marcas, su desarrollo histórico, al igual que su naturaleza. La noción del derecho marcario al igual que las condiciones de adquisición de los derechos sobre las marcas.

En el segundo capítulo nos adentramos en las marcas registrables y su inscripción, analizando los sistemas seguidos en algunos países como España, Alemania y Argentina. De igual manera se repasan las facultades del titular, la regla de la especialidad y al igual que los aspectos relevantes sobre el riesgo de confusión.

El capítulo tercero lo dedicamos a las marcas famosas o renombradas según se les conoce en la doctrina y el derecho internacional, su concepto, elementos que se toman en cuenta para determinar si una marca es famosa, tales como su uso privado, los actos propios de uso que impliquen su relevancia, el uso simultaneo de varias marcas, etc.

De importancia es resaltar que siendo las marcas al igual que el Derecho de Autor bienes inmateriales, también necesitan un *corpus mechanicum* en que aplicarse a efectos de que puedan ser percibidas. En ese sentido en nuestros días, en que la propaganda comercial adquiere dimensiones de poder y dominio de masas, las marcas pasan a desempeñar dos nuevos papeles: por una parte, la propaganda lleva a que las marcas no tengan un mero valor identificario, sino que su mera presencia otorgue cierto placer o satisfacción al comprador, en inclusive en términos más precisos económicamente, que éste esté dispuesto a pagar un mayor precio por los productos acompañados de las marcas publicitadas; desde un segundo ángulo, la propaganda permite utilizar las marcas para dirigir y controlar la demanda, al extremo que hay quienes consideran que el consumidor ha perdido toda espontaneidad, resultando la libertad del consumidor una mera apariencia. Además, es evidente que existe una estrecha relación funcional entre gastos de publicidad y la demanda: cuanto mayores sean tales gastos, mayor será la demanda.

Desde el inicio de la industrialización acaecida en el mundo a partir de fines del siglo XVIII, y cuya extensión y profundización no han cesado desde esa época, se ha dado una creciente utilización y valor a las marcas. Esta situación subsiste en las economías modernas aún respecto de los productos de consumo básico, es decir los agrícolas y minerales, que por su mismo carácter pareciera en un momento dado que no se da mayor significación a la identificación de su productor ya que damos por sentado algunos productos cuentan con cierta calidad estandarizada; sin embargo, la marca sigue siendo esencial y se persigue a través de ellas que se vislumbren las especificaciones de la calidad, prestigio, antigüedad, entre otras del bien, que permitan incluirlo en una determinada categoría según la rama comercial de que se trate, para su clasificación e identificación al momento de llevar el producto al público.

En esa línea de ideas, vemos que el orden jurídico está destinado a asegurar que los signos marcarios cumplan con su función y constituyan uno de los instrumentos esenciales para el adecuado accionar de una economía consumista e industrializada. Los perjuicios derivables de su ineficacia recaería tanto sobre el patrimonio de las firmas directamente afectadas, como sobre la capacidad de expansión y crecimiento que tengan dichas las economías donde tal hecho ocurra, con los consiguientes perjuicios para aquellos países que como los tercermundistas dependen de las divisas que tales empresas se generan.

CAPITULO I

1. ASPECTOS GENERALES DE LAS MARCAS

1.1. Concepto de marca.

A diferencia de otras legislaciones como la argentina, en nuestro sistema legal la marca se encuentra definida como tal en la Ley 35 de 1996 en su artículo 89 que expresa que *“se entiende como marca, todo signo, palabra, combinación de estos elementos o cualquier otro medio que, por sus caracteres, sea susceptible de individualizar un producto servicio en el comercio”*. A renglón seguido el artículo 90 del cuerpo legal citado describe los elementos que pueden constituirse en marca.

Este concepto de marca dice relación con aquellas que son susceptibles de protección legal. Por su parte la doctrina define la marca como *“el signo característico con que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola”*¹

Ahora bien la marca es un bien inmaterial, que debe plasmarse en un medio o elemento a fin de que pueda ser percibido; de allí que nuestra legislación se refiere a la misma en términos de signos, palabras, combinación de palabras, letras cifras, envoltorios envases, formas tridimensionales, etc. De igual manera como ocurre con los derechos de autor, puede ser empleada de forma simultánea en varios lugares a la vez. De hecho es su finalidad que la misma siga al producto y lo identifique cada vez que se expone al público en diversos lugares.

Por otro lado la marca si bien implica la unión entre el producto y el signo, no se limita a esta unión, pues esta unidad debe contener la suficiente entidad psicológica para lograr su cometido, es decir que ésta sea captada por la memoria del consumidor, creado una representación en su mente que a su vez produzca que esta identifique al fabricante o productor, el nivel de calidad del artículo sus características y su *goodwill* o buena fama.

De lo expuesto se observa que la marca es un concepto con connotaciones muy variadas, además del aspecto psicológico que conlleva un proceso creador. Se dice de ella, al igual que de las obras, que son producto del espíritu humano que implica la creación de un signo palabra o combinaciones de estas, cifras y formas nuevas y originales, sin embargo ésta creación no es del todo independiente, como puede ser una obra de arte plástico, pues el otro ingrediente que requiere es el reconocimiento al menos mínimo del público.

¹ (Eduardo Bertone, Guillermo Cabanellas, Derecho de Marcas, Editorial Eliasta, Argentina, 1989 Pág. 14)

Es cuando el signo o las distintas combinaciones de palabras es asociado por el público al producto que nos encontramos, no sólo formalmente, si no sustancialmente frente a una verdadera marca, de tal suerte que el público no es sólo el destinatario de la marca sino que desempeña un destacado papel en su creación.

Por otro lado es de importancia indicar que una adecuada conceptualización de lo que son las marcas juega un papel esencial en la sistematización de la rama del Derecho que nos ocupa y en la aplicación de la legislación marcaria a casos concretos.

Entre las características más sobresalientes de las marcas, reconocidas por la doctrina y la legislación tenemos las siguientes:

- Es el signo característico con que el industrial, comerciante o agricultor distingue los productos de su industria, comercio o explotación agrícola.
- Es el signo que permite distinguir el origen industrial o comercial de las mercaderías.
- Son símbolos denominativos o emblemáticos que distinguen los artefactos de una fábrica, los objetos de un comercio o los productos de la tierra y de las industrias agrícolas.
- Es el símbolo distintivo y orden de palabras con los que pueden distinguirse los productos de un industrial o de un vendedor.
- Es un signo protegido en virtud de su inscripción en el registro, que una empresa utiliza para distinguir determinadas mercaderías fabricadas o vendidas por ella o determinadas prestaciones de servicios otras empresas.
- Es cualquier signo visible que sirva para distinguir los bienes de una empresa.

1.2. Función y sentido económico de las marcas

Los signos marcarios desempeñan diversas funciones en las economías modernas. El carácter esencial de los mencionados signos es su

capacidad distintiva. Sin la posibilidad de cumplir la función de distinguir ciertos bienes y servicios de los que carecen de la marca, ésta deja de ser tal, tanto económica como jurídicamente. Las restantes funciones de la marca, se encuentran subordinadas a la función distintiva, tanto desde un punto de vista lógico como del jurídico. Sobre la función de la marca indica Jorge Otamendi, *“La verdadera y única función de la marca es distinguir un producto o un servicio, de otros. Si bien el saber quien es el fabricante del producto será para muchos en factor esencial para efectuar la elección, este dato lo encontrará fuera de la marca que distingue el producto...”*¹

En las líneas que siguen a continuación, veremos brevemente algunas de las funciones mas destacadas, que de acuerdo a los entendidos en la materia, tienen las marcas.

1.2.1. Función distintiva.

Es la función básica, que cada marca debe cumplir como medio para identificar una mercadería o servicio. El rol de identificación es el fundamento de la existencia de los signos marcarios de cualquier índole que éstos sean.

La función distintiva hace posible una efectiva competencia en un mercado complejo e impersonal, suministrando los medios a través de los cuales el consumidor puede identificar los productos que le satisfacen y recompensar al fabricante o empresario con compras continuadas. Sin un sistema de identificación del producto, la elección adecuadamente informada del consumidor, y la competencia equitativa no podrían existir.

La función distintiva de la marca no sólo hace a la esencia de este signo, sino que cumple y delimita adecuadamente el derecho exclusivo del titular de la marca, que es esencial en el derecho de marcas.

Por otro lado el sistema sancionatorio de las violaciones de la Ley de marcas está destinado a asegurar que éstas cumplan su función distintiva, penándose a quien utilice signos marcarios de tal modo que se cree confusión con los de sus titulares legítimos.

El carácter distintivo de las marcas está dirigido, además, a asegurar y mejorar la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en una economía. Ante el hecho de que, económicamente, lo esencial sea el mantenimiento de la calidad y buena aceptación de los bienes y servicios

¹ Otamendi JORGE, Derecho de Marcas, Edit Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, Pag. 9)

ofrecidos en una sociedad, requiere que jurídicamente, tal propósito quede inserto el instrumento jurídico diseñado a tales efectos, de modo que se logre el fin de la función distintiva o identificación de marcas.

Un aspecto de fundamental relevancia es la relación entre la función distintiva de los signos marcarios y la calidad de los bienes ofrecidos opera del siguiente modo. Quien es titular de una marca y utiliza o autoriza su uso respecto de artículos de determinada calidad sabe que los consumidores tenderán a identificar su marca con tal calidad. Esta identificación le permitirá obtener un precio y aceptación superior por los artículos distinguidos con esa marca y dará a ésta su valor.

1.2.2. Función de identificación del origen de los bienes y servicios:

Constituye una consecuencia de la función distintiva de las marcas. Los consumidores y usuarios pueden conocer, a través de la marca, cuál es la empresa que ha producido o comercializado los bienes y servicios ofrecidos.

La función de identificación de origen es una consecuencia común, pero no necesaria, de las características esenciales de las marcas. En primer lugar, los consumidores pueden conocer y estar familiarizados con una marca, conocimiento en base al cual operan en el mercado, y desconocer totalmente la identidad de la empresa que produce o comercializa los bienes y servicios distinguidos con tal marca. Por otro lado, una marca puede cambiar de titular o ser objeto de licencias, o puede alterarse la titularidad de la firma propietaria y usuaria de tal marca, sin que tal hecho se refleje en modo alguno en ésta, ni sea conocido por la generalidad de quienes adquieren los productos identificados por ese signo marcario.

La función de identificación de origen de las marcas ha sido variable en el tiempo y en los distintos sistemas jurídicos. En la antigüedad, la función esencial de los signos usados a manera de marcas era identificar el autor o proveniencia de los objetos marcados.

En la Edad Media, las marcas cumplían también, una función de identificación del origen de las mercaderías, con un doble propósito: determinar si los artesanos y fabricantes cumplían con las normas de calidad y asegurar que los miembros de un grupo no incursionaran en el tipo de trabajos reservados a los otros. Se trataba así de lograr, a través de las marcas, el control del cumplimiento de ciertas reglas vigentes en las sociedades medievales, relativas al funcionamiento de los diversos oficios.

Esta idea de que la función esencial de la marca es la determinación del origen de las mercaderías perdura, en alguna medida, hasta nuestros días. En lugar de entenderse que la marca es un signo distintivo abstracto con capacidad para ser utilizado por cualquier persona, se considera a veces que los signos marcarios representan para el cliente la fuente u origen físico del producto o servicio en conexión con el cual se usa la marca. No obstante lo anterior dicho concepto está para muchos superado pues *“hoy en día este concepto de la función que cumple ha quedado superado. La marca no distingue origen. Es más, la gran mayoría del público ignora quién es el fabricante de los productos que adquiere. Desde luego existen casos en los que la marca está formada o constituida por el nombre del fabricante”*.¹

1.2.3. Función de garantía de calidad.

En este punto vemos que ellas aseguran al comprador que los artículos que llevan la marca tienen la misma alta calidad que el cliente espera encontrar; así mismo, permite a los consumidores y usuarios determinar qué signos identificativos corresponden a los productos de mejor calidad, y cuáles a los de peores condiciones.

Esta función, de acuerdo con Otamendi es secundaria, pero no implica que el fabricante se esfuerce por mantener la calidad pues *“Las preferencias del público se conquistan con esfuerzo y se pierden con facilidad”*²

1.2.4 . Función publicitaria.

La función publicitaria de las marcas tiene varias facetas. La primera de ellas se vincula con el elemento esencial de los signos marcarios, o sea su función distintiva.

Una segunda faceta de la función publicitaria se vincula con la consistencia misma del signo marcario, o sea con los elementos visuales que constituyen éste.

Un tercer aspecto de la función aquí analizada, queda configurado por la utilización de las marcas para dar a conocer, por distintos medios y en forma directa y explícita, información respecto de los productos y servicios marcados.

¹ (Ottamendi Jorge, op cit Pág. 9)

² (ibiden op cit Pág. 11)

1.2.5. Función competitiva

La competencia entre empresas tiene lugar a través de distintos elementos, tales como precio, calidad, servicio, condiciones de financiación, etc. Para que esta competencia tenga lugar es necesario que los consumidores identifiquen cuáles son las condiciones ofrecidas por cada una de las empresas que operan en determinado mercado. Las marcas, cumplen un papel de gran importancia, pues permiten determinar las condiciones de calidad, entre otras, de los bienes ofrecidos.

1.2.6. Función de protección del titular de la marca.

Es claro que una de las principales funciones de las marcas es proteger a su titular pues es un derecho inmaterial por el cual, al igual que las obras, una marca es susceptible de cuantas desmembraciones admite la propiedad de los bienes inmateriales y puede ser negociada bajo toda forma de contratos. La marca es un bien que está en el comercio sin restricción de ninguna naturaleza lo que da lugar a que una marca similar a otra, pueda ser utilizada en la práctica por dos o más comerciantes. De allí su importancia, vista desde la función de protección al propietario.

1.3 Desarrollo Histórico de las marcas

La práctica de marcar objetos se remonta a tiempos inmemorables. Los primeros antecedentes que tenemos de ello, se refieren al marcado de ganado. De igual forma en la antigüedad se dio la práctica de marcar la cerámica. En Mesopotamia y Egipto, los ladrillos y las tejas eran marcados con el nombre del monarca que reinaba o con un símbolo que indicaba el proyecto al cual estaban designados. Los jarros de cerámica, usados cotidianamente en Grecia y Roma, tenían en su asa el nombre del país de origen. Tal vez lo que más pueda acercarse al concepto moderno de Marca que hoy conocemos son los signos que escritos en las lámparas de aceite. Dichas lámparas se encontraban dentro de los principales artículos de exportación de la Roma antigua, se dice que el nombre *fortis* era una de las marcas principales. Los egipcios, griegos y romanos también usaron signos que identificaban sus tiendas y la evidencia de estos podemos encontrarla en las ruinas de Pompeya y Herculana.

A finales de la Edad Media surgieron las Marcas obligatorias que identificaban a las compañías, y fue durante el renacimiento cuando volvió a surgir la práctica de usar marcas. En esa época existían marcas personales que distinguían a los individuos de otros. Aparecen los escudos familiares de la casa particular de la familia, que podía significar la

actividad principal a la que se dedicaban. Además, había marcas geográficas, especialmente utilizadas para tapicería o textiles. Con la invención de la imprenta, los editores también empezaron a usar sus marcas en los libros.

Se presume que las primeras leyes que regularon el uso de las Marcas tuvieron sus orígenes en las marcas obligatorias de las compañías medievales, tales como la Ley Inglesa de 1266, relativa a la compañía de panaderos. También destaca el decreto de la ciudad de Amiens en 1374, vinculado con el mercado de mercancía para garantizar su origen. Se tiene noticia también, sobre el particular, de las Marcas de agua en papel que se originaron en Francia e Italia durante el siglo XIII.

A la par de estas leyes, surgieron por otra parte las que castigaban la piratería. En Francia, durante el reinado de Carlos IX (1654) se empezaron a sentenciar a los falsificadores de marcas con la pena capital.

Con la llegada de la Revolución Industrial, la distribución de productos cambió significativamente y con ello, la marca adquirió un papel importante como instrumento para identificarlos, confirmando su función moderna a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

Sobre los antecedentes históricos de las marcas apuntan los tratadistas Luis Eduardo Bertone y Eduardo Cabanellas: *“En el derecho anglonorteamericano la protección contra las imitaciones y falsificaciones de marcas se desarrolló en el contexto del resarcimiento por los hechos ilícitos (torts), al incluir diversos fallos entre tales hechos, a los consistentes en hacer pasar mercadería por aquellas de los competidores. Tuvo así origen la figura del passing off, que sirvió de base a la legislación marcaría posterior”*¹

De fundamental importancia es resaltar la llegada al mundo jurídico en 1883 del Convenio de París, el más antiguo y más importante tratado para la protección de la propiedad industrial, el cual posee siete textos diferentes y puede definirse como un tratado Internacional abierto y de duración indefinida cuyo objeto era el constituir una unión ente la totalidad de los países miembros que tuviesen el carácter de persona jurídica independiente dotados de una estructura administrativa con presupuesto y mecanismos de financiación.

¹ (Bertone Luis Eduardo, Cabanellas , op. cit Pág. 116)

Se establece de este modo en el convenio de París, un cuerpo normativo común para todos los estados miembros relativos a ciertos aspectos de la propiedad industrial defintorios de niveles mínimos de protección y seguridad jurídica para los titulares de derechos pertenecientes a la Propiedad Industrial dentro del ámbito internacional.

Los países miembros y participantes del convenio de París acordaron, constituyeron y adoptaron una *clasificación* común de Productos y Servicios para lo relativo al registro de marcas, llevada a cabo el 15 de junio de 1.957, el cual ha sufrido varias revisiones entre ellas la de Estocolmo el 14 de Julio de 1967, la de ginebra del 13 de mayo de 1.977 y modificado posteriormente el 28 de Septiembre de 1979, mediante esta clasificación se agruparon los productos o servicios que podían ser registrados, dividiéndolos en diversas clases de acuerdo a sus características. El uso de esta clasificación esta contemplada en el artículo 94 de nuestra Ley de Propiedad Industrial.

A manera de ilustración vale apuntar que la primera edición de la clasificación fue publicada en 1.963, la segunda en 1.971, la tercera en 1.981, la cuarta en 1.983, la quinta en 1.987, la sexta en 1.992 y la séptima en 1.996. En el año 2002, entro a regir la Octava edición de la Clasificación mediante la cual se reestructuro la clase 42 y se crearon las nuevas clases 43,44 y 45.

En la época moderna se crea la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en el año de 1967 para promover la protección de la propiedad intelectual en el mundo, mediante la Conferencia de Estocolmo. En 1974 se transformó en un organismo Especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y recibió el mandato de administrar los asuntos de propiedad intelectual reconocidos por los Estados miembros de la Naciones Unidas. Hoy es uno de los 16 organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas.

Por otro lado en el año de 1995 se creó la Organización Mundial del Comercio (OMC) la cual incluye a 145 países y su sede está en Ginebra, Suiza, su finalidad radica en impulsar e imponer un conjunto cada vez más amplio de políticas en materia de comercio, inversiones y desregulación.

1.4. Naturaleza de la Marca.

Antes de adentrarnos al tema, cabe apuntar que tradicionalmente se ha señalado por la doctrina que la clasificación entre bienes corporales e incorporeales, era la más exacta y general clasificación para determinar la verdadera naturaleza de los bienes, ello porque nos permite determinar una serie de aplicaciones tales como, los modos de adquirir en las diversas clases de bienes, la forma como puede disponerse de ellos. Por lo anterior, este punto tradicional debe atenderse como punto de referencia del análisis de la naturaleza de las marcas, en razón del giro tomado en su evolución.

La clasificación entre bienes corporales e incorporeales, se remonta al derecho romano, y son catalogadas por nuestro artículo del Código Civil en su artículo 324 como bienes muebles e inmuebles; y en cuanto a corresponde a los bienes incorporeales, como derechos, y obligaciones que tengan por objeto sumas de dinero, así como las rentas y pensiones entre otros, las asimila la norma a bienes muebles, en su artículo 326.

En Roma si bien se desarrolló esta distinción entre las cosas incorporeales y los bienes corporales, se produjo una confusión entre el derecho de propiedad y la cosa objeto de este derecho, ello debido a que la propiedad contenía las más amplias facultades respecto de una cosa. Esta confusión llevó al extremo que los romanos distinguieron entre el derecho de propiedad y otros derechos como el caso del dinero.

Posteriormente la concepción romanista clásica, se vio atenuada por el derecho pretorio, y es así como en la mayoría de nuestros Códigos de tradición romanista se realiza una diferenciación entre el derecho de propiedad y el objeto sobre el cual recae, permitiendo derechos derivados como el uso, el usufructo, etc.

Sobre la naturaleza jurídica de las marcas, existen varias posturas, entre ellas la que estima que la marca es un derecho de la **personalidad**. Esta corriente estima que las marcas identifican el origen de los bienes y servicios y de allí su vinculación con el titular. Por otro lado la marca no persigue proteger activos de la empresa sino más bien determinadas características de la empresa a fin de mantener la atracción de la clientela y evitar la confusión del público.

Otros estiman que la marca puede verse desde el punto de vista del consumidor y del titular en este sentido se indica que “...*En el primer caso la marca es un "objeto", es «aquella cosa que distingue a un producto frente al público»* 1 y 2 (marca en sentido objetivo); en el segundo caso, la marca es un "derecho" sobre el "objeto", «un derecho del empre-

sario a distinguir su producto frente al público con aquella cosa» (marca en sentido subjetivo)....”¹

También se le considera como un derecho de **monopolio**, en este orden se estima que la Ley crea un exclusividad sobre un signo distintivo como recompensa a su creador, de forma que se beneficie con el distintivo que ha producido.

No obstante esta tesis no es del todo aceptada pues el derecho marcario al igual que el derecho de autor tiene rango constitucional tal como se constata del artículo 53 de la constitución política por lo que el mismo no tiene la característica de un monopolio, si bien otorga al titular derechos de exclusividad sobre el signo, palabra, etc.

En ese sentido indica la Dra María Telles Silva *“Tampoco constituyen monopolios los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la producción de sus obras y los que para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a sus inventores y perfeccionadores de alguna mejora”*. *“Estas disposiciones constitucionales son las que sirven de apoyo a la legislación sobre derechos de autor y propiedad industrial”*²

Otra concepción de la naturaleza de la marca ubica esta como derecho **intelectual** teoría esta desarrollada por el jurista Edmond Picard. De acuerdo a la referida tesis para la determinación de la naturaleza de la marca debe tenerse en cuenta la relación que existe entre el objeto creado y su autor.

En cuanto a esta tesis indican Bertone y Cabanellas *“Observemos, por último, que la categoría de derechos intelectuales, tal como ha sido desarrollada por Picard y sus seguidores, no ha sido receptada ni por el orden jurídico argentino ni, en general, por otros Derechos, por lo que sus consecuencias normativas concretas son escasas o nulas...”*³

Por otro lado se registra el concepto de que las marcas son parte del derecho a la Propiedad Industrial, y surge como consecuencia de la evolución del derecho hasta la aparición de los derechos intelectuales que no podían ser enmarcados en los conceptos jurídicos tradicionales propios de los derechos erga omnes . Sobre este punto expresan Bertone y Cabanellas *“El Derecho positivo reconoce expresamente la catego-*

¹ (<http://www.juridicas.com/areas/50-Derecho%20Mercantil>)

² (Memorias del Foro de Consulta sobre Derecho e Informática/
<http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/foro/df/natjurpc.htm>)

³ (Bertone y Cabanellas, op cit Pág. 193).

ría aquí analizada, al definir el artículo 1º, párrafo 2), del Convenio de París, los objetos de la protección de la propiedad intelectual. Por otra parte, la inclusión de los derechos sobre las marcas en la categoría de derechos de propiedad industrial es usual en la práctica jurídica”.¹⁽³⁾

Tal es a nuestro juicio la postura que sigue nuestro sistema legal, pues la Ley 35 de 1996 integra dentro del concepto propiedad industrial un número plural de materias según se desprende de su artículo primero, materias que se describen a lo largo de la citada normativa, y entre los cuales tenemos las invenciones, los modelos de utilidad, secretos industriales y *las marcas de productos y servicios*, entre otros.

2. ADQUISICIÓN DEL DERECHO A LA MARCA

2.1 Noción y derecho marcario

En torno al concepto a la noción del derecho marcario abordaremos el mismo desde la perspectiva de su contenido y forma de adquisición, más que desde una concepción teórica,

En este sentido se habla de que este permite la exclusividad de uso, así lo indica el artículo 96 de la Ley 35 de 1996 que indica que *“El derecho al uso exclusivo de la marca se adquiere por su registro”*.

Ahora una cosa es el uso exclusivo y otra el derecho a ser reconocido como legítimo dueño, sobre aspecto apunta la doctrina: *“el registro de la marca no garantiza en modo alguno del derecho al uso; este puede verse prohibido al titular por otro tipo de normas particulares.....”*²

En esa línea destaca que de acuerdo al precitado artículo el derecho al registro de una marca va ha adquirir por su uso. Sin embargo la postura clásica condiciona la vigencia del derecho a su uso, tal como se sigue del numeral 2 del artículo 138 de nuestra normativa

Una concepción más moderna de la marca propugna por el ablandamiento legal en cuanto a la pérdida del derecho por el no uso de la marca concepto, que aún no ha tenido una acogida mayoritaria.

¹ (Ibidem, op. Cit. Pág. 194)

² (Bertone y Cabanellas, op cit, Pág. 266).

2.2. Apropiación de la marca

En la legislación comparada se verifican más de un sistema de concesión de marcas.

Uno de ellos, es el denominado sistema declarativo, que exige el uso de la marca por el solicitante, previamente al pedido de registro. Este tiene como fundamento la presunción de buen derecho del solicitante y habilita acciones de reclamo contra infractores, pero el uso previo es condición esencial.

Otro sistema, denominado sistema atributivo, reconoce la exclusividad del solicitante desde el momento en que se concede el Registro.

Existe también un sistema mixto, que parece ser el que concuerda con nuestra legislación de acuerdo a los artículos 96 y 109 de la normativa vigente, en el cual confluyen dos extremos:

- a) El registro es necesario para defender la marca, pero el uso tiene preeminencia a efectos del registro en el caso de conflictos.
- b) El registro confiere derechos sobre la marca, pero solamente después de determinado tiempo de uso.

Vale anotar, que en cuanto a su uso, los derechos intelectuales, patentes, marcas, diseños y modelos industriales, derechos de autor, son caracterizados por la doctrina como derechos de exclusiva.

La protección jurídica de los bienes inmateriales se articula sobre la concesión de uso exclusivo como algunos proclaman, si se quiere de monopolio de explotación y de un derecho de exclusión o prohibición el llamado *ius prohibendi* ejercitable erga omnes. En torno a lo expuesto, las facultades del titular de un derecho marcario en nuestro sistema se enumeran en sentido negativo según se desprende del artículo 89 de la normativa vigente.

Como se dijo la marca brinda a su titular un derecho de exclusividad, el cual supone que el titular es el único legitimado para la reproducción o materialización de la concepción protegida en su condición de titular del derecho. Cualquier otro sujeto que lleve a cabo la actividad relacionada con el uso, comercialización, etc. de la marca, para hacerlo lícitamente, habrá de acreditar su legitimación por el propio titular de la exclusiva, ya sea por ser su sucesor, o por haber obtenido de él una cesión o una licencia de uso conforme al artículo 121 *lex cit.*

Otro sistema o criterio reconocido fue el de adquisición a través del mero uso. Este permite la adquisición del derecho exclusivo de la marca por el mero uso, “*nada tiene que hacer sino utilizarla para merecer la protección de la Ley*” nos dicen Bertone y Cabanellas.¹

Para la adquisición del derecho a que una marca sea reconocida como tal se requiere de determinadas condiciones descritas como objetivas, subjetivas y negativas.

2.3 Condiciones de adquisición del derecho

Las condiciones objetivas dicen relación con la capacidad del signo o distintivo para ser considerado apto para obtener el reconocimiento marcario.

El artículo 90 de nuestra legislación de marcas nos da los parámetros a tomar en cuenta para que determinadas formas contengan la entidad suficiente para que se les reconozca como marcas, considera la norma como tales:

- Las palabras o combinaciones de estas.
- De igual forma las imágenes, figuras y símbolos.
- Así mismo tienen capacidad marcaria las letras las cifras y sus combinaciones.
- Las formas tridimensionales, incluyendo en ellas los envoltorios, envases la forma que presenta el propio producto y los hologramas, al igual que los colores y cualquier combinación de los antes mencionados elementos con carácter enunciativos.

En cuanto a las condiciones subjetivas, estas se refieren a las cualidades que debe tener el solicitante para ser considerado como derecho habiente de la misma. El artículo 97 de la Ley 35 de 1996 nos indica que el derecho preferente a la marca lo tiene aquel que la estuviese usando en el comercio con mayor antigüedad. Si la marca no ha estado en uso el registro se concederá a quien presente primero la correspondiente solicitud.

¹ (Bertone Luis Eduardo y Cabanellas Guillermo, op, cit. Pág. 268)

CAPITULO II

1. DE LAS MARCAS REGISTRABLES Y SU INSCRIPCIÓN

1.1. En el Derecho Español

A manera de ilustración y comparación veremos a continuación algunos de los criterios seguidos por legislaciones en cuanto a lo que se estima como marca susceptible de ser registrada.

En España impera actualmente la nueva ley de marcas, o Ley 17 del 2001, dicha ley define como marca en su artículo 1º: *“todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras”*. Como se observa dicho cuerpo legal emplea solo el término signo para referirse a las marcas, a diferencia de nuestra legislación que se refiere a signo, palabra o sus combinaciones.

De acuerdo con dicha normativa se consideran aptos para su registro:

1. “Las palabras o combinaciones de palabras, incluidas las que sirven para identificar a las personas.”
2. “Las imágenes, figuras, símbolos y dibujos.”
3. “Las letras, las cifras y sus combinaciones.”
4. “Las formas tridimensionales entre las que se incluyen los envoltorios, los envases y la forma del producto o de su presentación.”
5. “Los sonoros.”
6. “Cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores”

Merece la pena destacar que en la exposición de motivos de la precitada ley se indica el criterio empleado en dicha latitud para el reconocimiento del derecho marcario. Señala el texto que: *“La nueva Ley atempera el automatismo formal del nacimiento del derecho de marca, basado en el carácter constitutivo del registro, con el establecimiento del principio de la buena fe registral, al prever, como causa autónoma, la nulidad absoluta del registro de una marca, cuando la solicitud en que se basó dicho registro hubiera sido presentada de mala fe. Junto a este*

principio angular, la Ley recoge otros principios clásicos de carácter registral como los de publicidad, oposición, prioridad y tracto sucesivo, que presiden y racionalizan cuantas operaciones registrales se realicen respecto de la marca o de su solicitud.”¹

1.2 Derecho Alemán

En el derecho germano de acuerdo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 8 de abril del año 2003, gozan de protección registral, signos, palabras, dibujos, estructuras tridimensionales, que no se apartan del criterio fundamental seguido en nuestro sistema, legal, según reza la resolución del precitado Tribunal que indica:

“A tenor del artículo 3 de la Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen (Ley alemana sobre protección de marcas y otros signos distintivos), de 25 de octubre de 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3082; en lo sucesivo, «Markengesetz»), que entró en vigor el 1 de enero de 1995 y que constituye la adaptación del Derecho interno alemán a la Directiva:

1. Podrán registrarse como marcas todos los signos, especialmente las palabras, incluidos los nombres de personas, los dibujos, las letras, las cifras, las señales acústicas, las estructuras tridimensionales, incluida la forma de un producto o su envase, así como otras presentaciones, incluidos los colores y las combinaciones de colores, que sean apropiados para distinguir los productos y los servicios de una empresa de los de otra.
2. *No podrán registrarse como marcas los signos constituidos exclusivamente por una forma*
 - 2.1 *que venga impuesta por la naturaleza del propio producto,*
 - 2.2 *que sea necesaria para obtener un resultado técnico,*
o
 - 2.3 *que dé un valor sustancial al producto”.*

Continúa aclarando la sentencia en ciernes, al referirse a las marcas no registrables:

¹ (<http://www.oepm.es/internet/legisla/signos/iii211mar.htm#tit1>)

- “7. En virtud del artículo 8, apartado 1, de la *Markengesetz*, se denegará el registro como marca de los signos que puedan gozar de protección con arreglo al artículo 3 de ésta pero que no puedan ser objeto de una representación gráfica.
8. El artículo 8, apartado 2, de la *Markengesetz* dispone lo siguiente:

Se denegará el registro de las marcas:

1. *que carezcan de carácter distintivo para los productos o servicios,*
2. *que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que puedan servir, en el comercio, para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica o la época de obtención del producto o de la prestación del servicio u otras características de los mismos,*
3. *que se compongan exclusivamente de signos o indicaciones que se hayan convertido en habituales en el lenguaje común o en las costumbres leales y constantes del comercio para designar el producto o la prestación de servicio.* ^{“1}

1.3 Derecho Argentino

La legislación argentina en materia de marcas consagrada en la Ley 22362-B.O. 2/1/81, a diferencia de la nuestra no define que es una marca, en su lugar indica de forma directa, en su artículo 1° que elementos pueden registrarse como marcas, no obstante señala cual es el objeto de las marcas, en este sentido se refiere a las mismas como aquellas que distinguen productos y servicios, deja constancia la norma de este modo cual es su finalidad, indicando que pueden registrarse como marcas “*los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.*”

¹ ([http://e\(http://eur-ur-europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=62001J0053\)](http://e(http://eur-ur-europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=62001J0053))

Siguiendo el diseño normativo elegido, declara la norma que elementos no pueden ser registrados y no son susceptibles de protección del derecho marcario enlistando en su artículo 2 y 3 los siguientes:

“los nombres, palabras y signos que constituyan la designación necesaria o habitual del producto o servicio habitual a distinguir, o que sean descriptivos de su naturaleza, función, cualidades u otras características”

- *“los nombres; palabras, signos y frases publicitarias que hayan pasado al uso general antes de su solicitud de registro”*
- *“la forma que se dé a los productos”*
- *“el color natural o intrínseco de los productos o un solo color aplicado sobre los mismos.”*
- *“una marca idéntica a una registrada o solicitada con anterioridad para distinguir los mismos productos o servicios”*
- *“las marcas similares a otras ya registradas o solicitadas para distinguir los mismos productos o servicios”*
- *“las denominaciones de origen nacionales o extranjeras. Se entiende por denominación de origen el nombre de un país, de una región, de un lugar o área geográfica determinados que sirve para designar un producto originario de ellos, y cuyas cualidades y características se deben exclusivamente al medio geográfico. También se considera denominación de origen la que se refiere a un área geográfica determinada para los fines de ciertos productos”*
- *“las marcas que sean susceptibles de inducir a error respecto de la naturaleza, propiedades, mérito, calidad, técnicas de elaboración, función, origen, precio u otras características de los productos o servicios a distinguir”*
- *“las palabras, dibujos y demás signos contrarios a la moral y a las buenas costumbres”*
- *“las letras, palabras, nombres, distintivos, símbolos, que usen o deban usar la Nación, las provincias, las municipalidades, las organizaciones religiosas y sanitarias”*

- “las letras, palabras, nombres o distintivos que usen las naciones extranjeras y los organismos internacionales reconocidos por el gobierno argentino”
- “el nombre, seudónimo o retrato de una persona, sin su consentimiento o el de sus herederos hasta el cuarto grado inclusive”

De la lectura del anterior listado vemos que siguiendo criterios similares a nuestra legislación, existen prohibiciones absolutas y relativas. De igual forma se tendientes a evitar el riesgo de confusión.

2. CONTENIDO DEL DERECHO MARCARIO

2. 1. Facultades del Titular

De acuerdo a nuestra legislación el derecho a ser considerado legítimo poseedor del derecho al registro de la marca se adquiere por su uso, no obstante el derecho a su **uso exclusivo**, esto es que dicho derecho sea oponible a terceros, se acredita plenamente mediante el registro correspondiente, ello es así, pues de acuerdo al artículo 98 de nuestra normativa de marcas se desprende la facultad de oponerte a terceros solo cuando se cuenta con el registro correspondiente. De importancia es señalar que esta, regla se aplica de igual forma aun si se trata de marcas notorias o famosas.

Una vez obtenido el registro de la marca su titular puede impedir que personas ajenas hagan uso de la misma, la fabriquen, la adhieran a productos de la forma en que taxativamente lo expone el artículo 99.

Sobre este aspecto apunta Carlos Fernández Novoa, “A fin de que la marca pueda desempeñar adecuadamente sus funciones en el seno de una economía competitiva, el ordenamiento jurídico otorga al titular de la marca el derecho exclusivo a utilizar la marca en el mercado. El derecho subjetivo de marca se descompone en un conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico confiere en exclusiva al titular de la marca”.¹

2.2. La regla de la especialidad

Uno de los pilares fundamentales a considerar en el analizar de los derechos y facultades del titular del derecho a la marca es el referen-

¹ (Fernandez-Novoa Carlos, Fundamentos de Derecho de Marcas, Edit. Montecorvo. S,A, Madrid, 1984 Pág 271)

te al riesgo de confusión. El concepto de riesgo de confusión entendido desde la óptica dirigida a evitar errores en el público y perjuicio para el propietario de la marca, se resuelve en base a lo que se conoce como regla de la especialidad.

Dicha regla se explica en con sencillez en palabras de Fernández-Novoa al comentar que *“La consecuencia más palpable de la regla de la especialidad de la marca es que sobre un mismo signo pueden recaer dos o más derechos de marca autónomos (pertenecientes a distintos titulares) siempre que cada una de estas marcas autónomas sea utilizada den relación con una clase o variedad diferente de productos o servicios”*¹

La regla de la especialidad se puede apreciar en nuestra Ley de marcas en el artículo 91 numeral 9 cuando se prohíbe el registro de una marca que sea idéntica o semejante a otra que esté registrada o en trámite de registro en *“la misma clase o similares a los que se desea amparar con la nueva marca”*,

Sobre el punto cabe aclarar que cada interesado en que obtener el registro y los consiguientes derechos sobre la marca, debe registrar su marca en la clase respectiva o en varias de dichas clases, según el sistema internacional de clasificación de marcas.

2.3. Riesgo de Confusión

Abundando un tanto mas en este aspecto de especial relevancia en cuanto corresponde a los derechos del titular de la marca, como se dijo, el del riesgo de confusión, cabe ser puntual en reiterar en que este dice relación desde otra perspectiva, con el hecho de que los derechos del aspirante a titular de la marca al momento de examinarse, en aras de concederle el uso exclusivo, han de verse bajo una visión de conjunto, a efectos de que se evite la monopolización de injustificada de ellas.

Sobre el concepto de la visión de conjunto que debe tomarse en cuenta al momento de analizar la viabilidad del registro de una marca, cabe anotar que dicha concepción debe verse *“desde la totalidad de los elementos integrantes de cada marca confrontada, sin descomponer su unidad fonética y gráfica, donde la estructura prevalezca sobre sus componentes parciales, perspectiva especialmente adecuada a cuestiones cuyo aspecto más significativo es el lingüístico”*²

¹ (Fernández-Novoa Carlos, op. cit. Pág 278-279)

² (Fernández-Novoa Carlos, op. cit Pág. 199)

Sobre este importante punto sigue apuntando el autor, “*El criterio expuesto se complementa con el de que en la comparación de las marcas no procede aplicar < criterios matemáticos >. Este criterio ulterior se proclamado por, entre otras cosas, por la sentencia de la Sala Tercera de 15 de marzo de 1976(20). En la misma se dice que la semejanza <<ha de surgir en cada caso concreto en visión de conjunto de las marcas en punga, pero no siguiendo un criterio matemático de contar el número de letras o sílabas que sean iguales o diferentes para admitir o no la incompatibilidad>>*”¹

¹ (ibidem, op. cit. 204)

CAPITULO III

1. LAS MARCAS RENOMBRADAS O NOTORIAS

1.1. Concepto

La marca notoria resulta difícil definirla, dado que tal calificación proviene justamente de su grado de difusión y de la actitud de los consumidores hacia ella y, de otro lado, por la falta de acuerdo en los diversos sistemas legislativos para definirla. Señala la especialista Fanny Aguirre que: *"(...) para atribuir a una marca el carácter de notoria basta que la marca goce de difusión en el círculo de consumidores interesados en la adquisición de productos idénticos o semejantes a aquellos que llevan sobre sí tal marca(...)(iii) .*

Así, para reconocer la notoriedad de una marca es válido señalar que cobran importancia el grado de conocimiento de la misma por la mayoría del público, su uso constante y el hecho que ésta se asocie inevitablemente con el producto o servicio identificado.

Constituyen ejemplos de marcas notorias reconocidas en nuestro país las marcas CRISTAL, MILKITO, RIPLEY, TELEFONICA, entre otras (iv). También lo son indudablemente las marcas ROLEX, COCA COLA, FERRARI, las cuales son asociadas directamente a los productos que identifican".¹

Sin embargo, la Doctrina reconoce a la notoriedad diversos grados, distinguiendo así las marcas de alto renombre (también llamadas renombradas o marcas famosas) y las marcas de alta reputación. Estos conceptos resultan importantes para entender el grado de protección que les otorgan las legislaciones más allá del principio de especialidad de clases.

En el caso de las marcas renombradas, el grado de notoriedad exigido es mucho mayor, ello significa que el signo deberá ser conocido por diversos grupos de consumidores en mercados distintos, esto es, deberá tener una notoriedad preeminente. Otras características que reconoce la doctrina a las marcas renombradas son, por ejemplo, la posición de exclusividad, es decir que la marca solo debe asociarse a un solo producto o servicio o a diversos productos y servicios ofrecidos por un mismo empresario. De igual modo se toma en cuenta la originalidad, al igual que la especial valoración por parte de los consumidores hacia

¹ (Aguirre, Fanny, Tratamiento de Signos Notoriamente Conocidos y el Registro de Nombres de Dominio, / <http://premium.vlex.com/doctrina/REDI-Revista-Electronica-Derecho-Informatico/>

esta, es decir la asociación del producto a una alta calidad y un elevado prestigio de la marca.

Sobre este punto, estudiosos como Manuel Duarte explican que la razón del tratamiento especial que se les da en la mayoría de las legislaciones a nivel mundial se debe a que:

“Para comprender la razón por la cual la protección de la marca notoria no se circunscribe al territorio en el cual ha sido registrada ni a los productos para los cuales se ha obtenido el registro, es preciso hacer referencia a la función económica que modernamente cumple la marca en el mercado. Aunque desde la antigüedad es posible encontrar indicios de la existencia de las marcas, la Revolución Industrial impuso la necesidad de identificar los nuevos productos que se colocaban en el mercado y la fuente empresarial de éstos a efecto de diferenciarlos de los producidos por los competidores. En ese proceso de diferenciación, la marca permite “condensar información sobre las condiciones o cualidades de los bienes y servicios producidos por un empresario, de manera que a través de ella el productor logra que sean identificadas en forma diferente las respectivas cualidades y condiciones de sus productos o servicios ante la presencia de productos exteriormente iguales y cuyas cualidades no son inmediatamente distinguibles”.¹

A continuación veamos los principios que la doctrina generalizada estima como fundamentales al momento de considerar a una marca para catalogarla como famosa o notoria.

1.1.1. Irrelevancia del uso privado.

En primer término se descarta el uso privado de la marca. En decir el uso de una marca por ejemplo dentro del ámbito interno de una empresa o grupo de empresas, o de un ámbito territorialmente limitado.

En este sentido el artículo 95 de nuestra ley marcaria es claro cuando exige para establecer lo famoso o notorio de la marca su “*uso intensivo en el mercado*” lo que excluye cualquier empleo de poca divulgación de la misma.

¹ <http://www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R2A5/R2A5->

1.1.2. Uso relevante de la marca

La marca debe ser empleada de forma externa y pública para que se considere que su empleo ha sido relevante. De igual forma debe tomarse en cuenta si la marca se emplea para diferenciar mercancías producidas en masa u artículos altamente especializados. Sobre el particular apunta Fernández-Novoa que, *“Señala gráficamente SCHRICKER (112) a este respecto que se satisfacen las exigencias legales del uso obligatorio de la marca registrada cuando la empresa titular de una marca destinada a diferenciar máquinas especializadas y de elevado coste, fabrica y vende en el plazo de un año un ejemplar de la máquina, mientras que, por el contrario, al fabricante de detergentes hay que exigirle que en el plazo de una año venda más de un paquete de detergente provisto de marca.”*¹

1.1.3. Uso simultaneo de varias marcas.

Otro aspecto que ha esclarecido la doctrina es que el uso de varias marcas de forma simultanea para un mismo producto no implica de modo alguno que se trate de un uso relevante como para considerara marca famosa o notoria.

Otra situación a considerar se da cuando una misma marca aparece como de fábrica y de comercio a la vez. En este caso habrá que entenderse que el uso de la marca como de fábrica y de comercio satisface distintas finalidades.

Finalmente cabe resaltar sobre este punto los comentarios de Duarte Herrera, en cuanto a los aspectos esenciales que deben atenderse para establecer la notoriedad de una marca, esto es:

- “ a) *El grado de conocimiento o reconocimiento de la marca en el sector pertinente del público, como signo distintivo de los productos o servicios para los que fue acordada. Debería considerarse que los sectores pertinentes del público abarcarán, aunque no se limitarán necesariamente a:*
 - i. Los consumidores reales y/o potenciales del tipo de productos o servicios, a los que se aplica la marca; o*

¹ (Fernández-Novoa Carlos, op. Cit. Pág. 414)

- ii. *Las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplica la marca; o*
 - iii. *Los círculos empresariales o comerciales que se ocupen del tipo de productos o servicios a los que se aplica la marca.*
- b) *La duración, magnitud y alcance geográfico de cualquier utilización de la marca;*
 - c) *La duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier tipo de promoción de la marca, incluyendo publicidad, propaganda o presentación en ferias o exposiciones, de los productos o servicios a los que se aplique la marca;*
 - d) *La antigüedad de cualquier registro o registros de la marca, en la medida que reflejen la utilización y/o reconocimiento de la marca;*
 - e) *La constancia del ejercicio satisfactorio de los derechos sobre la marca, en particular en la medida que la misma haya sido reconocida como notoriamente conocida por otras autoridades competentes;*
 - f) *El análisis del ámbito de producción y mercadeo de los productos o servicios que la marca distingue; y*
 - g) *El valor asociado de la marca.”* ¹

2. LA MARCA RENOMBRADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

2.1 Convenio de París

El referido convenio, se remonta a 1883 cuando un grupo de países industrializados y algunas de sus colonias firmaron la Convención de París que regula la ley de patentes industriales en el ámbito internacional, el que fue revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1908; en Washington el 02 de junio de 1911; en La Haya el 06 de noviembre de 1925; en Londres el 02 de junio de 1934; en Lisboa el 31 de octubre de 1958; en Estocolmo el 14 de julio de 1967, y enmendado el 02 de octubre de

¹ Duarte, Manuel, op.cit <http://www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca>)

1979. En 1975 los estados miembros de la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (en inglés WIPO) dependiente de Naciones Unidas, comenzaron a revisar la Convención de París hasta que los países industrializados decidieron trasladar sus esfuerzos al GATT con el fin de incorporar y generalizar los derechos de propiedad intelectual a través del comercio. En nuestro país no fue hasta 1995 mediante Ley 41 de ese año que se adoptó como norma positiva de la República dicho convenio.

En los años de 1994 y 1996 se adoptaron las nuevas legislaciones de derecho de autor y propiedad Industrial en nuestro suelo, por lo que resultaba mandatorio para una adecuada aplicación de las referidas normas la adopción del respectivo convenio internacional, como también lo fue en su área de aplicación, la adopción del Convenio de Berna.

De acuerdo a los estudios realizados sobre el referido documento por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI), este recoge tres principios fundamentales en materia de marcas, que son la regla de trato nacional, derecho de preferencia y normas comunes. En esa dirección merece la atención citar los comentarios publicados sobre los dos primeros aspectos, a saber:

“En virtud de las disposiciones sobre trato nacional, el Convenio estipula que, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, cada Estado contratante tendrá que conceder a los nacionales de los demás Estados contratantes la misma protección que a sus propios nacionales. También tendrán derecho a esa protección los nacionales de los Estados que no sean contratantes siempre que estén domiciliados o tengan establecimientos industriales o comerciales efectivos y reales en un Estado contratante.

En el Convenio se establece el derecho de prioridad en relación con las patentes (y modelos de utilidad, donde existan), marcas y dibujos y modelos industriales. Significa ese derecho que, sobre la base de una primera solicitud de patente de invención o de un registro de una marca regularmente presentada en uno de los Estados contratantes, el solicitante podrá, durante un cierto período de tiempo (12 meses para las patentes y los modelos de utilidad; seis meses para los dibujos y modelos industriales y las marcas), solicitar la protección en cualquiera de los demás Estados contratantes; esas solicitudes posteriores serán consideradas como presentadas el mismo día de la primera solicitud. En otras palabras, las solicitudes posteriores tendrán prioridad (de ahí la expresión “derecho de priori-

dad”) sobre las solicitudes que otras personas puedan presentar durante los citados plazos por la misma invención, modelo de utilidad, marca o dibujo y modelo industrial. Además, estas solicitudes posteriores, como están basadas en la primera, no se verán afectadas por ningún hecho que pueda haber tenido lugar en el intervalo, como cualquier publicación de la invención, o venta de artículos que utilizan la marca o en los que está incorporado el dibujo o modelo industrial. Una de las grandes ventajas prácticas de esta disposición reside en que un solicitante que desea protección en varios países no está obligado a presentar todas las solicitudes al mismo tiempo, sino que dispone de seis o 12 meses para decidir en qué países desea la protección y para organizar con todo el cuidado necesario las disposiciones que ha de adoptar para asegurarse la protección.”¹

Se desprende entonces que al igual que en convenio de Berna, la regla de trato nacional implica que cada uno de los países miembros debe dispensar a los nacionales de estos el mismo trato que a los propios. Por otro lado en cuanto al derecho de prioridad, aplicable a patentes y marcas, de especial y fundamental importancia en el caso de las patentes, por la propia naturaleza de secreto intrínseca que las mismas conllevan hasta tanto se haga pública, de acuerdo al convenio, se protege a quien primero presente la solicitud en cualquiera de los Estados contratantes.

2.1.1 Las marcas famosas y notorias en el Convenio de París

2.1.2 Marcas Famosas:

En cuanto a las marcas famosas y notorias en el convenio de París, como se dijo Ley de la República, se establecen un número de garantías para los derechohabientes en su artículo 6 (bis) en el cual se establecen prohibiciones relativas y absolutas. Las prohibiciones relativas, se observan con claridad en el artículo 6 bis numeral 1° del convenio, que a la letra dice:

“1) Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de

¹ (<http://www.dpi.bioetica.org/wo005res.htm>)

*crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares. **Ocurrirá lo mismo cuando la parte esencial de la marca constituya la reproducción de tal marca notoriamente conocida o una imitación susceptible de crear confusión con ésta.***” (Énfasis nuestro)

De igual manera se constatan prohibiciones absolutas, en el artículo 6 epígrafe tercero, especialmente en sus numerales literales a) y b) que a la letra dicen:

“a) Los países de la Unión acuerdan rehusar o anular el registro y prohibir, con medidas apropiadas, la utilización, sin permiso de las autoridades competentes, bien sea como marcas de fábrica o de comercio, bien como elementos de las referidas marcas, de los escudos de armas, banderas y otros emblemas de Estado de los países de la Unión, signos y punzones oficiales de control y de garantía adoptados por ellos, así como toda imitación desde el punto de vista heráldico.

b) Las disposiciones que figuran en la letra a) que antecede se aplican igualmente a los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones de las organizaciones internacionales intergubernamentales de las cuales uno o varios países de la Unión sean miembros, con excepción de los escudos de armas, banderas y otros emblemas, siglas o denominaciones que hayan sido objeto de acuerdos internacionales en vigor destinados a asegurar su protección.”

Pese a lo antes indicado el literal c) del epígrafe tercero del citado artículo de la normativa internacional en comentario, deja abierto el campo para el registro de algunas de los signos prohibidos, en los países suscriptores del pacto cuando ya existieren marcas registradas anteriormente con las prohibiciones estatuidas y cuando el uso de tales los signos prohibidos se hiciera sin conexión o vínculo que relacione la marca con el origen de dicho signo. Indica la citada disposición:

“c) Ningún país de la Unión podrá ser obligado a aplicar las disposiciones que figuran en la letra b) que antecede en perjuicio de los titulares de derechos adquiridos de buena fe antes de la entrada en vigor, en ese país, del

presente Convenio. Los países de la Unión no están obligados a aplicar dichas disposiciones cuando la utilización o el registro considerado en la letra a) que antecede no sea de naturaleza tal que haga sugerir, en el espíritu del público, un vínculo entre la organización de que se trate y los escudos de armas, banderas, emblemas, siglas o denominaciones, o si esta utilización o registro no.”

2.1.3 Marca Notoria

Sobre la marca notoria indica el artículo 6 bis numeral 1ª del Convenio de París que las mismas gozan de las prerrogativas de las marcas famosas vía legislación interna, pues la norma citada no emplea el término **notoria**, no obstante nuestra legislación en su artículo 95 hace la distinción entre marca famosa y notoria. Sin embargo, es claro que la norma internacional recoge un mínimo de garantías que a las legislaciones de cada país le corresponde adoptar estableciendo el grado de extensión de la protección a esta categoría de marcas, como ha ocurrido en el caso de nuestro país el cual consagra la tutela a las marcas que sin ser renombradas cuentan con amplio espectro de reconocimiento y aceptación del público.

2. LA MARCA NOTORIA Y FAMOSA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. De las normas positivas aplicables

En nuestra legislación, como se dijo en líneas anteriores, se recogen dos criterios en cuanto a las marcas renombradas corresponde. El artículo 95 de la Ley 35 de 1996 indica que existen marcas famosas o renombradas y las marcas notorias.

En cuanto a las marcas famosas corresponde, cabe indicar que son definidas por la norma como aquellas de “*uso intensivo en el mercado*”.

Referente a los parámetros a seguir a efectos de respecto de saber cuando se cumple la precitada condición indican los entendidos que: “*En el caso de las marcas renombradas, el grado de notoriedad exigido es mucho mayor, ello significa que el signo deberá ser conocido por diversos grupos de consumidores en mercados distintos (v) , esto es, deberá tener una notoriedad preeminente. Otras características que reconoce la doctrina a las marcas renombradas son i) la posición de exclusividad, entendida ésta como que la marca solo debe asociarse a un solo*

*producto o servicio o a diversos productos y servicios ofrecidos por un mismo empresario, ii) la originalidad, vale decir, que la marca no debe ser semejante a un signo descriptivo de los productos o servicios que distingue (vi), (iii) la especial valoración por parte de los consumidores, entendida como la asociación del producto a una alta calidad y un elevado prestigio de la marca. “*¹

De igual forma nuestra legislación describe la marca notoria como la que “es conocida por el grupo de consumidores a que se dirige”.

Sobre estas últimas, las referida autora nos explica sobre el mayor grado de dificultad que implica su identificación, manifestando, “La marca notoria resulta difícil definirla, dado que su calificación proviene justamente de su grado de difusión y de la actitud de los consumidores hacia ella y, de otro lado, por la falta de acuerdo en los diversos sistemas legislativos para definirla. Señala Ana María Pacón que “(...) para atribuir a una marca el carácter de notoria basta que la marca goce de difusión en el círculo de consumidores interesados en la adquisición de productos idénticos o semejantes a aquellos que llevan sobre sí tal marca(...) (iii) .”²

Agrega además la especialista marcaría:

A nivel internacional, en el seno del Comité de Expertos de la OMPI sobre marcas notoriamente conocidas se acordó armonizar los distintos conceptos de marcas notorias, de alto renombre y renombradas, a un solo concepto, el de marcas notoriamente conocidas. En tal sentido, la protección no tiene un solo fundamento y está vinculada a los siguientes conceptos:

a) el riesgo de confusión,

b) que la utilización de productos y/o servicios distintos indique un nexo entre éstos y el titular de la marca notoria;

c) que se perjudique el carácter distintivo de la marca en forma desleal o que constituya una ventaja desleal el aprovechamiento de dicho carácter distintivo. (xii) ”³

¹ (Garayar Aguirre, Fanny, Tratamiento de los Signos Notoriamente Conocidos y el Registro de Nombre de Dominio en la Decisión 486,/ <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=614>)

² (Aguirre, Fanny, op cit,/ <http://premium.vlex.com/doctrina/REDI-Revista-Electronica-Derecho-Informatico/>)

³ *Ibidem*,//[http://premium.vlex.com/doctrina/REDI-Revista-Electronica-c Derecho-Informatico/](http://premium.vlex.com/doctrina/REDI-Revista-Electronica-c-Derecho-Informatico/)

Por otro lado Fernández-Novoa, al referirse a las cualidades con que debe contar una marca, para estimarla como una marca renombrada o famosa, sostiene que ella debe contar con dos requisitos, “*en primer término, la marca ha de ser conocida conocida por consumidores pertenecientes a mercados diversos de aquel mercado al que corresponden los productos y servicios diferenciados por la marca; en segundo término, la marca renombrada ha de poseer un goodwill elevado(136); los productos y servicios diferenciados por la marca renombrada han de ser de excelente calidad; por lo mismo, la marca ha de tener un elevado prestigio..*”¹

Sin embargo, referente a la calidad del producto o factor cualitativo como elemento indispensable para el reconocimiento de una marca como famosa o renombrada otro sector de la doctrina estima que lo predominante, es el elemento cuantitativo indica Gabriel Martínez Medrano:

“La doctrina que estudia la marca renombrada exige la presencia de dos requisitos: uno cuantitativo y otro cualitativo. Cuantitativamente, la marca debe ser conocida por el gran público, más allá de los consumidores usuales o potenciales. Cualitativamente, los productos deben poseer prestigio o buena fama.

Sin embargo existe una polémica doctrinaria en el derecho europeo acerca de si para determinar la existencia de renombre habrá de analizarse elementos cualitativos o cuantitativos.

*La conclusión de la doctrina parecería ser: siempre se requiere el elemento cuantitativo, es decir el conocimiento del gran público. Algunos autores requieren además que la marca tenga buena reputación. Esta reputación puede venir de la mano de la calidad de los productos, de la publicidad o del poder distintivo que la marca tenga per se”.*²

3.2 Protección Especial de las Marcas Famosas y Notorias.

¹ (Fernández-Novoa, op. cit pag 306)

² (Gabriel Martínez Medrano, ACTUALIZACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS EN LA JURISPRUDENCIA. Comentario al Fallo Calas Rolando D. c. Raul V. Batalles S.A. causa 5110/97. Sala II Camara Nacional Civil y Comercial Federal./ <http://www.geocities.com/martinezmedrano/yukon.doc>)

El artículo 98 de nuestra legislación de marcas contempla que los derecho-habientes de una marca tienen derecho de objetar a terceros de dos formas, a saber:

1. Oponerse al uso de una marca. Pero en este caso quien se oponga debe tener la marca registrada.

2. Oponerse al registro de una marca. Para tales efectos solo requiere el interesado probar que ha usado la marca anteriormente a la que se procura registrar.

No obstante lo anterior, en el caso de los titulares de marcas famosas o renombradas no pueden estos oponerse al uso no autorizado por terceros, sin contar con la marca previamente registrada, pues la norma citada en su párrafo segundo no hace diferencia respecto de las marcas que cuentan con esta categoría. En esa línea cabe decir que la diferencia con las marcas comunes y las famosas estriba únicamente en que estas últimas rompen con el principio de especialidad y en todo caso el derecho habiente habrá de ejercer su derecho en cada caso específico, pues no cuenta nuestro sistema legal con registro o proceso judicial que declarativo que permita el reconocimiento prejudicial o de cosa juzgada para considerar una marca como famosa o notoria.

En cuanto a las marcas notorias definidas, como vimos en el artículo 95 de la Ley vigente de Propiedad Industrial, el precitado artículo 98 no concede el privilegio de oposición al uso sin previo registro.

No obstante lo anterior, el artículo 91 en su numeral 10 protege las marcas Notorias contra aquellas que se pretendan registrar y que tengan conexión con servicios que ya están siendo abarcados por estas últimas.

Martínez Medrano indica que en la jurisprudencia argentina para que una marca se estime famosa se requiere que:

“a) que el consumidor de la marca joven conozca la marca antigua.

b) que el uso o registro de la marca joven implique el aprovechamiento por parte del nuevo titular de aquel conocimiento.

c) que la marca antigua se vea dañada por la pérdida de la unicidad. La marca ya no identificará un único origen sino dos”¹

Con relación a las marcas notorias apunta la autora nacional Zereeth Torres Méndez, *“la marca notoria puede romper con la regla de la especialidad cuando una marca notoria se reproduce o se imita y cuando el uso de la marca notoria esté relacionada con bienes de la misma clase o en conexión con bienes de otras clases dirigidos al mismo grupo de consumidores, es decir, en estos dos últimos casos la marca notoria también puede ser excepción de la regla de la especialidad”²*

3.3. Jurisprudencia de los Tribunales de Comercio

3.3.1. Sobre Marcas Famosas.

En nuestro país, el cual es signatario del convenio de París, elevado a la categoría de derecho positivo vigente mediante Ley 41 de 1995, la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Comercio han entrado a aplicar la citada normativa internacional, al igual que la excepción de la regla o principio de especialidad, por medio del cual priva el criterio de que cada marca es protegida en la clase especial en la cual es registrada, salvo en los casos en que se está frente una marca de reconocida notoriedad.

A fin de ilustrar lo antes expuesto citamos la sentencia de segunda instancia de 27 de septiembre de 1999, mediante la cual la Superioridad Distrital de Comercio, resuelve el Proceso de Oposición al registro de la marca de fábrica "VOGUE", propuesto por ADVANCE MAGAZINE PUBLISHERS INC. contra MINERVA CORTES DE CHAVEZ.

En dicha oportunidad se pretendía amparar la marca Voge bajo la premisa de que la misma se encontraba previamente registrada en Colombia que es signataria del Convenio de Washington de 1929, en productos de la clase 3 internacional en los que se incluyen: preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada; preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y raspar; jabones, perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones para el cabello y dentífricos. Cabe señalar que la demandada en su defensa esgrimía el principio de especialidad que debía aplicarse a su marca.

¹ Martínez Medrano, Gabriel, Avances de la jurisprudencia en la protección de las marcas notorias, Biblioteca Jurídica On Line, el Dial.com/
<http://www.eldial.com/suplementos/marcasypatentes/doctrina/mp041216-a.asp>

² (Zereeth Torres Méndez, Derecho de Marcas, Edit. Mizrachi y Pujol, Primera Edición, 2002, pag 87-88)

En esta causa el Tribunal en su parte motiva hace importantes aclaraciones en cuanto a las excepciones que se dan cuando estamos frente a marcas famosas puntualizando la resolución:

A propósito, el Tribunal ha revisado con detenimiento el contenido de las revistas "VOGUE", propiedad de la parte demandante, que constan de fojas 161 a 1,374 y ha llegado a las siguientes conclusiones:

- 1. VOGUE es una revista que se publica mensualmente y va dirigida al género femenino.*
- 2. Por la calidad de la publicación y por lo renombrado de las marcas de productos y servicios que se anuncian en dicha revista (VISA, MARLBORO, REVLON, PERRY ELLIS, BMW, LANCOME, GIORGIO ARMANI, etc.), no caben dudas que la misma es un vehículo de publicidad de las marcas más famosas a nivel internacional y su circulación va dirigida a un público de alto poder adquisitivo.*
- 3. Las líneas predominantes de la revista son la moda femenina, cosméticos, perfumes y el cuidado del cuerpo.*
- 4. También se puede apreciar que el grado de difusión de la revista "VOGUE" es constante e intenso ya que en autos constan ejemplares de diversos meses y años de publicación.¹*

En esa dirección se observa que el fallo toma en cuenta además los principios que esboza la doctrina para la consideración de una marca como famosa, esto es tanto el cualitativo como el cuantitativo. Ello se desprende de que se tomó en cuenta que la revista demandante VOGUE tiene un contenido altamente cualitativo, como producto comercial, toda vez que en ella se anuncian marcas más famosas aún, es decir se atiende a la naturaleza de los clientes de la citada publicación, en este caso anunciantes que se promueven en la referida publicación. Así mismo se considero el aspecto cuantitativo, pues se indica que VOGUE se destaca por la gran cantidad de ejemplares que se emiten.

La resolución en ciernes también destacó que no aplicaba el principio de especialidad a favor del demandante, por lo notorio de la revista en cuestión indicando: "*Todo lo anterior conduce al Tribunal a compartir*

¹ (cfr. <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/tscomercio/990927JL1-OPOS-REGM-SA.htm>).

el criterio del juzgador primario que, al considerar a "VOGUE" como una marca notoria, dejó de lado la regla de especialidad".¹

De importancia fundamental es destacar que la sentencia en estudio también toma en cuenta el riesgo de confusión, elemento prohibitivo al efecto del registro de marcas, contemplado en los artículos 91 numerales 9 y 10 de la normativa vigente, este último de aplicación especial a las marcas famosas. No obstante reiteró la Sala que la sola condición de famosa que detenta la marca era suficiente para protegerla frente a otra similar, indica la resolución:

“Comoquiera que las marcas en disputa son idénticas y, además, amparan productos relacionados, es muy factible que quien se encuentre en los anaqueles de los establecimientos comerciales con unos cosméticos distinguidos con la marca "VOGUE", como los que aparecen en foja 158 del expediente, piense que los mismos tienen algo que ver con la famosa revista del mismo nombre, produciéndose de esta manera el conocido riesgo de asociación. Pero aunque así no fuera, la protección que se merece un signo renombrado se fundamenta, más que en el riesgo de confusión, sobre los propios valores que el signo es capaz de representar desde su ideación, colocación y difusión en el mercado.”

3.3.2 Sobre las marcas notorias.

Respecto de las marcas notorias, nuestros Tribunales Superiores han dejado sentado la protección que se extiende a las mismas en atención al Convenio de París, tomando en cuenta lo indicado en sus artículos 6 bis, en conexión con el artículo 91 numeral 10º que permite en estos casos no aplicar la regla de la especialidad siempre existía identidad o conexidad entre el bien o servicio la marca y la clase de público a la que está dirigida.

Mediante sentencia de 1º de agosto del año 2000 en el proceso de oposición al registro de la marca "LOVLY" propuesto por AGENCIAS MOTTA, S.A. en contra de la empresa COPAMEX INDUSTRIAS, S.A. por contar la primera con la marca LOVE LEE previamente registrada en varios países, caso en que se presentó para su registro LOVLY para amparar productos de papel, servilletas, pañuelos desechables etc., mientras que la opositora LOVE LEE amparaba cosméticos; es decir productos distintos, se

¹ (cfr. Op.Cit/<http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/tscomercio/990927JL1-OPOS-REGM-SA.htm>).

deniega la demanda de oposición incoada pues no se probó la conexidad entre la marca y el producto, conforme lo contemplado por la normativa internacional vigente, también recogida en el texto del artículo 91 numeral 10, de la legislación marcaría vigente.

Señala el Tribunal:

“A manera de síntesis, podemos decir que, en el caso que enjuiciamos, la marca "LOVE LEE" y etiqueta es notoria, más no famosa o renombrada; los cosméticos para el cabello y los productos de papel no guardan identidad, similitud ni conexidad, y van dirigidos a grupos diferentes de consumidores; no se aprecia que la marca impugnada imite o reproduzca la marca de la parte demandante; por tanto, las marcas en conflicto pueden coexistir. No obstante, el Tribunal reconoce que el tema debatido es complejo y que la parte demandante ejerció su acción de buena fe y se esmeró en su labor probatoria.” (Énfasis nuestro) ¹

3.4. Protección Penal de las marcas.

3.4.1 Consideraciones Generales

El Código Penal patrio al regular los delitos contra los derechos ajenos en el Capítulo IV del Título XII de su libro segundo incluyó los actos lesivos contra los derechos habientes de marcas, lo mismo que de productos que gozaban de protección de patentes de invención. Sobre esta materia comenta la Dra. Aura Emérita Guerra de Villalaz, *“ las figuras delictivas que en este capítulo, eran consideradas antes como hechos punibles lesivos de la fe pública”* ²

No obstante lo anterior vemos como la evolución del derecho ubica estas figuras posteriormente dentro de los delitos contra los derechos ajenos.

En esa línea, merece la atención observar que de acuerdo con la Ley 35 de 1996, es decir con nuestra legislación marcaría, la materia atinente a la penalización de las conductas contra legem corresponde al Código Penal, tal como viene expuesto por el artículo 164 de la excerta. Sin embargo, diferencia se nota con relación a la Ley 15 de 1994 regulatoria de

¹ (<http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/tscomercio/000801MG-OPOS-REGMSA.htm>)

² Guerra de Villalaz, Aura Emérita, Derecho Penal Especial, Editorial Mizrachi y Pujol, pag 395, año 2002

los derechos de autor y derechos conexos que en sus artículos 121 y 122 establece dentro del cuerpo legal sanciones penales para los infractores de la normativa en ciernes. Sobre este punto cabe decir, que la doctrina penal reiteradamente ha señalado lo contraproducente de recoger conductas sancionables en normas ajenas a la legislación penal codificada, pues tales normas adolecen de fallas que a la postre resultan contrarias a los principios regentes del debido proceso. Obsérvese que las precitadas normas punitivas de derecho de autor, se recaban en el Capítulo II Título XII de la referida norma, y su articulado sancionatorio no está precedido de la indicación del bien jurídico que se tutela, ni de la denominación de los delitos genéricos que se pretenden perseguir; de tal suerte que dificulta el cumplimiento de una de las exigencias fundamentales de nuestra normativa procedimental vigente, que en su artículo 2221 requiere que en el auto de enjuiciamiento este contemplado el delito genérico de que se acusa al justificado lo que atenta contra su derecho a la defensa, y eventualmente puede interferir también con el principio de congruencia que debe estar presente en toda sentencia.

Este extremo, como se dijo antes, en razón del artículo 164 de la legislación marcaria no ocurre en esta área del derecho intelectual.

Dentro de los delitos contra los derechos ajenos nuestro Código Penal sancionaba con prisión de seis meses a una año o veinte a cien días multa a quien hiciera uso de una marca legítima. Se observa entonces que nuestra normativa sustantiva solo sancionaba el uso de una marca, por quien no contara con el legítimo derecho a ella.

Con la promulgación de la Ley N° 1 del año 2004, se amplía el radio de protección a los legítimos derechohabientes de marcas, pues dicho cuerpo legal adiciona al nuestra codificación penal el artículo 382-B sanciona a quien falsifique, altere o imite una marca. La norma hace extensiva la sanción a quienes ejecuten tales conductas en un nombre comercial o señal de propaganda. Sobre esto último cabe anotar que no debe confundirse el nombre comercial, propiamente dicho que es aquel es de fantasía, y en términos generales viene a ser el que “indentifica una empresa” de acuerdo al artículo 145 de la legislación marcaria vigente; con el nombre que al momento de llenar la documentación relativa a una solicitud de licencia comercial ante la Dirección de Comercio Interior del Ministerio de Comercio e industrias, declara el solicitante como aquel va a identificar a la empresa de en atención a la solicitud, pues para obtener los derechos exclusivos sobre el nombre comercial debe inscribirse el mismo en la Dirección General de Registro de Derecho de la Propiedad Industrial (DIGERPI).

3.4.2. Legislación vigente y análisis dogmático.

Al estudiar de la normativa penal vigente, en materia de sanciones a los infractores de derechos marcarios, debemos apuntar que el tipo penal diseñado al efecto no contempla un precepto especial para las marcas famosas o notorias, pese a que como hemos visto en el presente escrito estas reciben una especial protección de la Ley pues tienen la particularidad de romper con la regla de la especialidad dado el gran radio de acción con que cuentan en el mercado mundial lo cual se hace más patente aún en una economía globalizada en que las fronteras del comercio se expanden incluso a países con economías no capitalistas.

En cuanto al análisis dogmático del referido tipo penal, vemos que en este el sujeto activo es común o indeterminado, es decir no requiere de cualidad alguna de parte del autor o autores, como es el caso del aborto en que el sujeto activo debe contar con la condición de madre del *naciturus*. Lo propio ocurre con el sujeto pasivo quien es el titular de la marca. Ahora bien, sobre este punto cabe recordar que el derecho exclusivo al uso de la marca se adquiere por su registro, sin perjuicio de que el derecho al registro se adquiere por el uso prioritario, tal modo que a efectos de la norma en atención a los principios del Convenio de París, es sujeto pasivo del delito, quien tenga mejor derecho por el uso previo de la marca y no solo por el registro.

Se trata de un tipo de formulación casuística pues, contempla en los verbos rectores “ *falsifique, altere o imite*” las formas en que se puede ejecutar la acción o conducta.

En cuanto al objeto material el mismo recae sobre las marcas, nombres comerciales o expresión o señal de propaganda. Vale en este punto, hacer una breve pausa para recordar que las expresiones o señales de propagandas son definidas en el artículo 156 de la Ley de marcas, y no son otra cosa que las expresiones que acompañan a los anuncios comerciales, es decir frases acuñadas, que se repiten una y otra vez, en los mismos y con las que el público identifica una empresa (i.e. “Hasta el gato compra en el Mchetazo”).

El párrafo segundo, de la norma bajo comentario sanciona además a aquellas personas que comercializan o pongan en circulación o ofrezca o presente servicios usando marcas falsificadas, alterada imitada. Como se observa la sanción se extiende además los que se dediquen al comercio de productos con marcas espúreas. Sobre esta extensión del tipo penal cabe observar que no contempla el mismo, complementos subjetivos, contenidos en frases como “ *el que a sabiendas haga circular*”, lo que nos indica que se trata de un tipo que no requiere de dolo específico, basta incluso

que esté presente el dolo indirecto, también llamada eventual, y que deja poco margen para excluyente de culpabilidad conocida como error de tipo, en caso que el sujeto activo hubiese adquirido los artículos falseados de una fuente de razonable credibilidad, con que habría entonces que demostrar la falta de dolo en su actuar, atendiendo a argumentos de otra naturaleza.

BIBLIOGRAFIA

- Bertone Luis Eduardo y Cabanellas Guillermo, Derecho de Marcas, Tomo I y II Editorial. Eliasta, 1989.
- Otamendi Jorge, Derecho de Marcas, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989.
- Fernandez-Novoa Carlos, Fundamentos de Derecho de Marcas, Editorial. Montecorvo. S.A. Madrid, 1984.
- Zereth Torres Méndez, Derecho de Marcas, Editorial. Mizrachi y Pujol, Primera Edición, 2002.
- OMPI, Revista de febrero de 2002.
- Fabrega Jorge, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1998
- Davis Enriqueta, Metodología de la Investigación, Panamá 1996.
- Londoño Jiménez, Hernando, Derecho Procesal Penal, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1982
- Guerra De Villaláz, Aura E, Derecho Penal Parte Especial, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 2002.
- Fabrega, Jorge, Teoría General de la Prueba, Editora Jurídica Iberoamericana, S.A., Panamá, 2006.
- Quitero, Beatriz y otros, Teoría General del Proceso, Editorial Temis, S.A., Bogotá-Colombia, 2000.
- Sáenz, Wilfredo, Las Perspectivas de Actualización de las Fases del Proceso Penal Panameño, Ediciones El Canal, Panamá, 2002.

DICCIONARIOS

- Osorio Manuel Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Editorial Heliasta, S.R.L. Buenos Aires, 1979
- Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe S.A. Madrid, 1992
- Cuestas Carlos G, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Colecciones Judiciales, Escuela Judicial

HEMEROTECA VIRTUAL

- <http://www.juridicas.com/areas/50-Derecho%20Mercantil>
- <http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/foro/df/natjurpc.htm>
(Memorias del Foro de Consulta sobre Derecho e Informática)
- <http://www.oepm.es/internet/legisla/signos/iii21lmar.htm#tit1>
http://europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=es&numdoc=62001J0053
- <http://premium.vlex.com/doctrina/REDI-Revista-Electronica-Derecho-Informatico/>
(**Aguirre, Fanny**, Tratamiento de Signos Notoriamente Conocidos y el registro de Nombres de Dominio,/))
- <http://www.sieca.org.gt/publico/ProyectosDeCooperacion/Proalca>. (**Duarte, Manuel**)
- <http://www.dpi.bioetica.org/wo005res.htm>
- [http://www.sieca.org.gt/publico/\(ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R2A5/R2A5-](http://www.sieca.org.gt/publico/(ProyectosDeCooperacion/Proalca/PI/Revistas/R2A5/R2A5-)
- <http://www.geocities.com/martinezmedrano/yukon.doc> **Gabriel Martinez Medrano**, ACTUALIZACIÓN SOBRE LA PROTECCIÓN DE MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS EN LA JURISPRUDENCIA. Comentario al Fallo Calas Rolando D. c. Raul V. Batalles S.A. causa 5110/97. Sala II Cámara Nacional Civil y Comercial Federal/

- <http://www.eldial.com/suplementos/marcasypatentes/doctrina/mp041216> **Martínez Medrano, Gabriel**, Avances de la jurisprudencia en la protección de las marcas notorias, Biblioteca Jurídica On Line, el Dial.com
- <http://bd.organojudicial.gob.pa/rjhtml/tscomercio/990927JL1-OPOS-REGM-SA.htm>.
- Memorias del Foro de Consulta sobre Derecho e Informática/
<http://www.cddhcu.gob.mx/camdip/foro/df/natjurpc.htm>

LEGISLACIÓN

- Constitución Nacional
- Ley 41 de 1995 por medio de la cual se aprueba e Convenio de Paris sobre la Propiedad Industrial.
- Ley 35 de 1996 Por la cual se dictan disposiciones sobre la Propiedad Industrial.
- Ley 15 de 1994 Por la cual se aprueba la Ley sobre el Derecho de Autor y Derechos conexos y se dictan otras disposiciones.
- Decreto Ejecutivo N° 7 por medio del cual se reglamenta la Ley 35 de 1996 sobre propiedad Industrial.
- Ley 23 de 1997 constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo de Marrakech).
- Código Administrativo de la República de Panamá
- Código Penal de la República de Panamá

-

DEFRAUDACIÓN INFORMATICA BANCARIA

JOSE LUIS BARSALLO

Introducción

La humanidad siempre ha tenido vinculación con los conceptos de la buena y mala fe, del bien y el mal, lo correcto e incorrecto y fruto de ello el hombre ha reglado y luego legislado aquellas conductas consideradas negativas para el convivir social.

Esto ocasionó el estudio de la rama penal del derecho como la fuente primigenia de normas que el hombre dictó para el adecuado manejo de la comunidad social.

Como es propio de la naturaleza del hombre, éste sigue avanzando y producto de su interés en el desarrollo, la tecnología ha tomado un gran protagonismo en la sociedad contemporánea, adquiriendo características excepcionales la red de redes, más conocida como Internet.

A su vez se descubrió que Internet podía ser una fuente inagotable de información y conocimiento al servicio de la humanidad y por esta razón surge la necesidad de regular los aspectos sociales que involucran actividades de que pueden afectar a bienes jurídicos protegidos por la sociedad y contemplados por las ciencias penales.

Debido a la fuerte influencia de la tecnología informática en la sociedad, tanto en las organizaciones, transacciones, negocios, investigaciones, educación, seguridad, comunicación, procesos sociales y económicos, como en lo relacionado con los derechos fundamentales del hombre, la sociedad ha debido responder con nuevos planteamientos a los desafíos heredados en el nuevo milenio.

Antecedentes

Para iniciar este trabajo es preciso revisar brevemente algunos conceptos introductorios de los delitos informáticos.

DELITOS INFORMATICOS

Definición y Concepto.- María Cinta Castillo y Miguel Ramallo entienden que “Delito informático es toda acción dolosa que provoca un perjuicio a personas o entidades en cuya comisión intervienen dispositivos habitualmente utilizados en las actividades informáticas”.

Para el profesor mexicano Julio Téllez Valdés el delito informático se puede dividir de dos formas: en forma típica y atípica, entendiéndose por la primera a “las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin” y por las segundas “actitudes ilícitas en que se tiene a las computadoras como instrumento o fin”.

Para Marcelo Huerta y Claudio Líbano los delitos informáticos son “todas aquellas acciones u omisiones típicas, antijurídicas y dolosas, tratándose de hechos aislados o de una serie de ellos, cometidos contra personas naturales y jurídicas, realizadas en uso de un sistema de tratamiento de la información y destinadas a producir un perjuicio en la víctima a través de atentados a la sana técnica informática, lo cual, generalmente, producirá de manera colateral lesiones a distintos valores jurídicos, reportándose, muchas veces, un beneficio ilícito en el agente sea o no de carácter patrimonial, actúe con o sin ánimo de lucro”.

María Fernanda Guerrero menciona que el delito informáticos es “toda conducta cometida en el campo de la actividad informática, contra bienes, sean estos tangibles o no relacionados al tratamiento automatizado de datos, o infracciones en que el ordenador es un instrumento para cometer o consumar el hecho”

El departamento de investigación de la Universidad de México ha realizado un importante desarrollo del tema desde el punto de vista normativo del que transcribimos algunas de sus partes.

Entiende que *"delitos informáticos" son todas aquellas conductas ilícitas susceptibles de ser sancionadas por el derecho penal, que hacen uso indebido de cualquier medio informático.*

El *delito informático* implica actividades criminales que en un primer momento los países han tratado de encuadrar en figuras típicas de

carácter tradicional, tales como robo, hurto, fraude, falsificaciones, perjuicio, estafa, sabotaje, etc; sin embargo, debe destacarse que el uso indebido de las computadoras es lo que ha propiciado la necesidad de regulación por parte del derecho.

CLASIFICACIÓN

Julio Téllez Valdés clasifica a los delitos informáticos en base a dos criterios: como instrumento o medio, o como fin u objetivo.

1. Como instrumento o medio se tienen a las conductas criminales que se valen de las computadoras como método, medio, o símbolo en la comisión del ilícito.
2. Como fin u objetivo en esta categoría se enmarcan las conductas criminales que van dirigidas en contra de la computadora, accesorios o programas como entidad física.

1. Como instrumento o medio.

En esta categoría se encuentran las conductas criminales que se valen de las computadoras como método, medio o símbolo en la comisión del ilícito, por ejemplo:

- a. Falsificación de documentos vía computarizada (tarjetas de crédito, cheques, etc.)
- b. Variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas.
- c. Planeamiento y simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, etc.)
- d. Lectura, sustracción o copiado de información confidencial.
- e. Modificación de datos tanto en la entrada como en la salida.
- f. Aprovechamiento indebido o violación de un código para penetrar a un sistema introduciendo instrucciones inapropiadas.
- g. Variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero hacia una cuenta bancaria apócrifa.
- h. Uso no autorizado de programas de cómputo.
- i. Introducción de instrucciones que provocan "interrupciones" en la lógica interna de los programas.

- j. Alteración en el funcionamiento de los sistemas a través de los virus informáticos.
- k. Obtención de información residual impresa en papel luego de la ejecución de trabajos.
- l. Acceso a áreas informatizadas en forma no autorizada.
- m. Intervención en las líneas de comunicación de datos o teleproceso.

2. Como fin u objetivo

En esta categoría se enmarcan las conductas criminales que van dirigidas contra las computadoras, accesorios o programas como entidad física, como por ejemplo:

- a. Programación de instrucciones que producen un bloqueo total al sistema.
- b. Destrucción de programas por cualquier método.
- c. Daño a la memoria.
- d. atentado físico contra la máquina o sus accesorios.
- e. Sabotaje político o terrorismo en que se destruya o surja un apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados.
- f. Secuestro de soportes magnéticos entre los que figure información valiosa con fines de chantaje (pago de rescate, etc.).

SUJETOS DEL DELITO INFORMÁTICO

En derecho penal, para la comisión de la infracción, supone de dos sujetos, los mismos que son: sujeto activo y sujeto pasivo. El primero, es aquel autor material y/o intelectual de la comisión del delito, es decir el agresor, quien transgrede o vulnera uno o varios derechos adquiridos. Mientras que el segundo, es el afectado o víctima, es aquel perjudicado por la actitud dañosa, es el titular del bien jurídico lesionado.

SUJETO ACTIVO.- Mario Garrido menciona “El sujeto activo del delito es quien realiza toda o una parte de la acción descrita por el tipo penal”.

A estos comisores hubo de llamarles de alguna forma, por ello se les denominó, hackers. Es un término inglés con el que se define a las personas dedicadas, por afición u otro interés, a violar programas y sis-

temas supuestamente impenetrables, y apenas constituyen una muestra de la nueva faceta de la criminalidad: El delincuente silencioso o tecnológico. Producto a la falta de información se les nombra así a todos sin tener en cuenta la diferencia implícita que lleva su actuar y las consecuencias del mismo.

Como tenemos conocimiento, nos podemos atrever a decir que estos delitos también pueden contemplar la existencia de coautores, cómplices o encubridores, y de esta manera William León Moncaleano menciona que ...“El sujeto activo será el autor de la conducta típica y recurriendo a los elementos amplificadores del tipo, puede tener cómplices u otros partícipes que pueden ser ayudantes o verdaderos coautores y de paso se considera que si bien algunos delitos admitirían como elemento amplificador la tentativa, como el hurto informático, la mayoría de los delitos se deben plasmar y de hecho son de resultado pues son solamente por el resultado se logra detectar en una intrincada red de sistemas, que efectivamente anda algo mal,....”

Con internet la piratería se simplificó porque los programas fueron puestos a disposición del público en la misma red. Desde entonces, la distinción se hace por los grados de conocimiento y la esfera de su actuar. Así nos encontramos con los hackers, los crackers y los phreakers, quienes son los tres grupos originarios de los que se subdividen otros tantos. A continuación distinguiremos cada uno de ellos.

HACKER.- Es una persona muy interesada en el funcionamiento de sistemas operativos; aquel curioso que simplemente le gusta husmear por todas partes, llegar a conocer el funcionamiento de cualquier sistema informático mejor que quienes lo inventaron.

CRACKER.- Personas que se introducen en sistemas remotos con la intención de destruir datos, denegar el servicio a usuarios legítimos, y en general, a causar problemas. El Pirata informático.

PHREAKER.- Es el especialista en telefonía (cracker de teléfono). Un phreaker posee conocimientos profundos de los sistemas de telefonía, tanto terrestres como móviles. Estos buscan burlar la protección de las redes públicas y corporativas de telefonía, con el declarado fin de poner a prueba conocimientos y habilidades(en la actualidad casi todas estas redes de comunicaciones son soportadas y administradas desde sistemas de computación), pero también el de obviar la obligatoriedad del pago por servicio, e incluso, lucrar con las reproducciones fraudulentas

de tarjetas de prepago para llamadas telefónicas, cuyos códigos obtienen al lograr el acceso mediante técnicas de "hacking" a sus servidores.

LAMMERS.- Aquellos que aprovechan el conocimiento adquirido y publicado por los expertos. Si el sitio web que intentan vulnerar los detiene, su capacidad no les permite continuar más allá.

BUCANEROS.- En realidad se trata de comerciantes. Los bucaneros venden los productos crackeados como tarjetas de control de acceso de canales de pago. Por ello, los bucaneros no existen en la red. Solo se dedican a explotar este tipo de tarjetas para canales de pago que los hardware Crackers, crean.

NEWBIE.- Traducción literal de novato. Es alguien que empieza a partir de una WEB basada en hacking. Inicialmente es un novato, no hace nada y aprende lentamente. A veces se introduce en un sistema fácil y a veces fracasa en el intento, porque ya no se acuerda de ciertos parámetros y entonces tiene que volver a visitar la pagina WEB para seguir las instrucciones de nuevo.

TRASHING.- Esta conducta tiene la particularidad de haber sido considerada recientemente en relación con los delitos informáticos. Apunta a la obtención de información secreta o privada que se logra por la revisión no autorizada de la basura (material o inmaterial) descartada por una persona, una empresa u otra entidad, con el fin de utilizarla por medios informáticos en actividades delictivas.

Algunas de las características de los sujetos activos:

- Caracterización casi mítica del perfil del delincuente informático. Adolescentes con un coeficiente intelectual alto, y ausentes de toda conciencia de estar obrando mal.
- Mito, ya que una gran cantidad de casos, son cometidos por sujetos que trabajan en el mundo de la informática, de edad superior, y no necesariamente muy inteligentes.
- Empleados de confianza, por la actividad que realizan o por el tiempo que llevan en la empresa.
- Además, existen los delincuentes a distancia.

SUJETO PASIVO.- En primer término tenemos que distinguir que *el sujeto pasivo o víctima del delito* es el ente sobre el cual recae la conducta de acción u omisión que realiza el sujeto activo, y en el caso de los "*delitos informáticos*", mediante él podemos conocer los diferentes ilícitos que cometen los delincuentes informáticos, que generalmente son descubiertos casuísticamente debido al desconocimiento del modus operandi.

Ha sido imposible conocer la verdadera magnitud de los "*delitos informáticos*" ya que la mayor parte de los delitos no son descubiertos o no son denunciados a las autoridades responsables; que sumado al temor de las empresas de denunciar este tipo de ilícitos por el desprestigio y su consecuente pérdida económica que esto pudiera ocasionar, hace que éste tipo de conductas se mantenga una cifra desconocida.

Algunas de las características de los sujetos pasivos:

- Personas jurídicas. Bancos, compañías de seguros, empresas públicas y privadas.
- No denuncian los delitos por temor a pérdida de imagen corporativa (seriedad, solvencia y seguridad). Solución mediante medidas internas (despidos o aumentos de medidas de seguridad).
- Situación favorece a delincuentes. (generalmente no se denuncian los delitos, se llega a un acuerdo con el delincuente).

TIPOS DE DELITOS INFORMÁTICOS

FRAUDES COMETIDOS MEDIANTE MANIPULACIÓN DE COMPUTADORAS.-

Manipulación de los datos de entrada.- Este tipo de fraude informático conocido también como sustracción de datos, representa el delito Informático más común ya que es fácil de cometer y difícil de descubrir. Este delito no requiere de conocimientos técnicos de informática y puede realizarlo cualquier persona que tenga acceso a las funciones normales de procesamiento de datos en la fase de adquisición de los mismos.

También se los conoce como Datos Engañosos (*data diddling*), y para poder prevenirlos, Yáñez afirma que "... no es tan complicado, pudiendo

establecerse controles internos en el sistema que determine el usuario o valide los datos de entrada, estipulados previamente como correctos”

La manipulación de programas.- Es muy difícil de descubrir y a menudo pasa inadvertida debido a que el delincuente debe tener conocimientos técnicos concretos de informática. Este delito consiste en modificar los programas existentes en el sistema de computadoras o en insertar nuevos programas o nuevas rutinas. Un método común es el denominado Caballo de Troya.

Manipulación de los datos de salida.- Se efectúa fijando un objetivo al funcionamiento del sistema informático. El ejemplo más común es el fraude de que son objeto los cajeros automáticos mediante la falsificación de instrucciones para la computadora en la fase de adquisición de datos. Tradicionalmente esos fraudes se hacían a partir de tarjetas bancarias robadas; sin embargo, en la actualidad se usan ampliamente equipos y programas de computadora especializados para codificar información electrónica falsificada en las bandas magnéticas de las tarjetas bancarias y de las tarjetas de crédito.

Fraude efectuado por manipulación informática.- Aprovecha las repeticiones automáticas de los procesos de cómputo. Es una técnica especializada que se denomina "técnica del salchichón" en la que "rodajas muy finas" apenas perceptibles de transacciones financieras, se van sacando repetidamente de una cuenta y se transfieren a otra.

También es conocida como la técnica del salami (Salami Technique/Rounding Down), permite sustraer mediante manipulación pequeñas cantidades de dinero de diversas cuentas para situar su monto total en la cuenta del delincuente.

FALSIFICACIONES INFORMÁTICAS

Como objeto.- Cuando se alteran datos de los documentos almacenados en forma computarizada.

Como instrumentos.- Las computadoras pueden utilizarse también para efectuar falsificaciones de documentos de uso comercial. Cuando empezó a disponerse de fotocopiadoras computarizadas en color a base de

rayos láser surgió una nueva generación de falsificaciones o alteraciones fraudulentas.

DAÑOS O MODIFICACIONES DE PROGRAMAS O DATOS COMPUTARIZADOS

Sabotaje informático.-Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, sabotaje “es la acción u omisión consistente en dañar ciertas instalaciones, productos, servicios públicos, y en general los bienes sociales, económicos y militares, realizadas por los obreros en apoyo de sus reivindicaciones o por los enemigos de un régimen político”

William León dice que básicamente consiste en la destrucción o apoderamiento de los centros neurálgicos computarizados para que el sistema le obedezca al intruso o se caiga cuando él quiera.

Para Romeo Casabona, el sabotaje informático consiste en “...la destrucción o inutilización del soporte lógico, esto es, de datos y/o programas contenidos en un ordenador (en sus bandas magnéticas)”.

Para Marcelo Huerta y Claudio Líbano es el acto de borrar, suprimir o modificar sin autorización funciones o datos de computadora con intención de obstaculizar el funcionamiento normal del sistema.

Las técnicas que permiten cometer sabotajes informáticos son:

Virus.- Es una serie de claves programáticas que pueden adherirse a los programas legítimos y propagarse a otros programas informáticos. Un virus puede ingresar en un sistema por conducto de una pieza legítima de soporte lógico que ha quedado infectada, así como utilizando el método del Caballo de Troya.

Según Ricardo Guibourg los virus informáticos “son pequeños programas que introducidos subrepticamente en una computadora poseen la capacidad de auto reproducirse sobre cualquier soporte apropiado que tenga acceso al computador afectado, multiplicándose en forma descontrolada hasta el momento en que tiene programado actuar”.

William León clasifica a los virus en: benignos y malignos. Los primeros son aquellos que se limitan a entregar mensajes amables y no causan daño al disco; los malignos, además de hacerse visibles borran los

archivos y evitan el normal funcionamiento de paquetes estándar del equipo mismo.

Gusanos.- Se fabrica de forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero es diferente del virus porque no puede regenerarse..

Bomba lógica o cronológica.- Exige conocimientos especializados ya que requiere la programación de la destrucción o modificación de datos en un momento dado del futuro. Ahora bien, al revés de los virus o los gusanos, las bombas lógicas son difíciles de detectar antes de que exploten; por eso, de todos los dispositivos informáticos criminales, las bombas lógicas son las que poseen el máximo potencial de daño.

Acceso no autorizado a sistemas o servicios.- Por motivos diversos: el acceso empieza desde la simple curiosidad, como en el caso de muchos piratas informáticos (hacker) hasta el sabotaje o espionaje informático. También divide al uso no autorizado de servicios informáticos en: *Hurto del tiempo del computador*, y en *apropiación de informaciones residuales*; *Fuga de datos o divulgación*; *parasitismo informático* y *suplantación de personalidad*; *en las puertas falsas*; *llave maestra*; *pinchado de líneas*.

William León opina que el acceso no autorizado a sistemas de procedimiento de datos, estaría constituido por todas aquellas conductas delictivas cometidas mediante las computadoras con el fin de acceder igualmente a cualquier sistema de procesamiento de datos en forma remota. Básicamente con la normatividad se pretenden impedir los accesos indebidos.

Piratas informáticos o hackers.- El acceso se efectúa a menudo desde un lugar exterior, situado en la red de telecomunicaciones. El delincuente puede aprovechar la falta de rigor de las medidas de seguridad para obtener acceso o puede descubrir deficiencias en las medidas vigentes de seguridad o en los procedimientos del sistema. A menudo, los piratas informáticos se hacen pasar por usuarios legítimos del sistema; esto suele suceder con frecuencia en los sistemas en los que los usuarios pueden emplear contraseñas comunes o contraseñas de mantenimiento que están en el propio sistema

Reproducción no autorizada de programas informáticos de protección Legal.- Esta puede entrañar una pérdida económica sustancial para los propietarios legítimos. Algunas jurisdicciones han tipificado como delito esta clase de actividad y la han sometido a sanciones penales. El problema ha alcanzado dimensiones transnacionales con el tráfico de esas reproducciones no autorizadas a través de las redes de telecomunicaciones modernas.

FRAUDE BANCARIO INFORMATICO.

Introducción:

Como hemos mencionado el engaño y el fraude existen cuando el hombre empezó a interactuar con otros individuos y empezó a hacer negocios, directamente relacionados con el comercio y su desarrollo en las diferentes etapas de la sociedad. Pero es el avance de la tecnología y la aparición de internet lo que ha roto las fronteras físicas permitiendo que los negocios virtuales lleguen a cualquier parte del mundo optimizando los negocios y al mismo tiempo incrementando las situaciones de riesgo tanto comerciales como financieras o bancarias. Estas conductas que mantienen ciertos tipos penales y que añaden otros nuevos dificultan la entrada del comercio electrónico en la sociedad comercial y esto perjudica el desarrollo tecnológico a nivel mundial ya que los fraudes virtuales provocan daños reales que pueden ser difíciles de cuantificar por involucrar tanto bienes materiales como inmateriales.

Como hemos visto, en materia penal informática, resulta difícil identificar a los delincuentes, especialmente en tiempos en que cuales los niveles de seguridad no son lo óptimos para proteger a los usuarios de internet y del comercio electrónico, añadiendo a esto el hecho de que muchos usuarios son víctimas del desconocimiento en materia informática.

A través de este trabajo vamos a identificar algunos de los delitos cometidos en el ámbito financiero electrónico y que son fuente de impulso para defensa de los bienes jurídicos protegidos que son víctimas de delincuentes informáticos. Así también veremos algunas alternativas legislativas para combatir la delincuencia en internet.

a) CONCEPTOS

Empezamos con el concepto más general en material penal relacionado con el tema de estudio de este trabajo:

Delito: Cabanellas lo relaciona con la etimología latina como “delictum” entendiéndosela como la calificación de un acto antijurídico sancionado con una pena, estrictamente como “delito es culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa”¹. Esta definición la habíamos revisado anteriormente la referirnos a los delitos informáticos.

Fraude

El Prof. Dr. Yungano dice que fraude es

“...desbaratamiento de la garantía común de los créditos que presnetea el patrimonio del deudor, mediante actos jurídicos que causan la insolvencia del deudor o la gravan, con el objeto de no responder frente acreedor.”

Mientras que el Dr. Zarco manifiesta que el fraude puede ser considerado como:

“...todo acto o efecto de lesión que causa en el patrimonio ajeno de forma violenta por medio de ardid o engaño y con intención de lucro.”

El Diccionario de la lengua española define al fraude así:

“Engaño, inexactitud consciente, abuso de confianza, que produce o prepara un daño generalmente material.”²

Según señala Claudio Magliona el fraude está compuesto por varios elementos como son:

- El empleo de ciertos artificios intelectuales para engañar a un tercero;
- El ánimo de perjudicar a un tercero;
- El peligro frente al daño, el daño o lesión causados.³

La tratadista Gutierrez lo define com: “Perjuicio económico ocasionado mediante fraude. El ataque contra el patrimonio es realizado mediante medios intelectuales: el fraude, el cual comprende no sólo el en-

¹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, tomo III, Pág. 58-59.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

³ Magliona, claudio. Editorial Jurídica de Chile, 1.999. Santiago de Chile. Pág. 187.

gaño sino también el abuso de confianza y otros procedimientos semejantes”¹.

El Código penal ecuatoriano en su capítulo V trata sobre “Las estafas y otras defraudaciones”² entre las que clasifica a la estafa y otros tipos penales que los relaciona directamente con los actos que mediante el engaño permiten apropiarse de fondos, derechos y otros bienes. Por esta razón debemos tomar en cuenta que la defraudación debe cumplir con las características que hemos señalado en este trabajo para considerársela como tal.

TIPOS DE FRAUDES BANCARIOS

Es fundamental tomar en cuenta que dentro de la concepción de la defraudación bancaria y las diferentes opciones que se presentan en la práctica, podemos decir que el tipo penal se adecúa de diferentes maneras. Tenemos casos en los que la defraudación se deriva de una relación que aparentemente se origina en un crédito bancario, el mismo que luego puede descubrirse como un acto antijurídico y culposo por el cual el beneficiario del crédito tenía la intención de causar un daño al banco con el no pago de su acreencia, la misma que obtuvo mediante la manipulación documental o abusando de la confianza dispensada por la institución financiera que otorga el crédito.

FRAUDE BANCARIO.-

El fraude bancario como se entiende comúnmente tiene que ver más con la estafa en materia penal porque busca un beneficio en base al engaño, haciéndose entregar bienes, dinero, derecho o fondos ocasionando un perjuicio económico y una disminución del patrimonio y un incremento en el patrimonio del delincuente o un tercero.

Conceptos de fraude bancario

“ Es toda disposición patrimonial perjudicial, tomada por error determinado mediante ardidés tendientes a obtener un beneficio indebido” S. Nicollas.

¹ Gutiérrez Francés, María Luz, Fraude Informático y estafa. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991. Pág. 105.

² Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador.

“ El perjuicio patrimonial de la víctima debe derivar en forma más o menos directa de la realización de maniobras estafatorias o del despliegue de algún ardid” Crim Parrana (Sala II, LL, 1986- D-646).

Se lo puede definir como “todo acto o efecto de lesión que se causa en el patrimonio ajeno de forma no violenta por medio del ardid o engaño y con intención de lucro”¹ al que le añadimos el componente bancario o financiero para señalar que las entidades bancarias son empresas sujetas a distintos tipos de fraudes, entre ellos el informático. La naturaleza misma de sus operaciones con dinero facilita el resultado de la acción y la relación directa entre acto y resultado.

Delito financiero

De acuerdo con la Comisión Europea, el delito financiero se considera a menudo como un crimen sin víctimas sobre todo porque la realidad es la amplitud de su impacto social en términos de pérdida de ingresos, menoscabo de reputación y degradación de valores públicos.

Agrega que un alto nivel de comisión de estos delitos puede desalentar la creación de nuevas empresas, disuadir a posibles inversores y distorsionar la competencia.

Es importante tomar en cuenta lo que señala William Parodi Pugliese² respecto de los delitos de cuello blanco cuando marca la diferencia entre la sanción que se impone a los delincuentes comunes que generalmente tienen una baja formación educativa y que responden a necesidades básicas, mientras que los delincuentes de cuello blanco, por lo general, no son sancionados por falta de una norma que contenga el tipo penal exacto para poder alcanzar el principio penal de que no hay sanción sin ley.

Respecto de los delitos de cuello blanco, entre los cuales tenemos a los delitos informáticos, José Lorenzo Fermín dice “Si hablamos de fraudes bancarios estamos hablando de la modalidad más usual, más gravosa, que asumen los delitos de cuello blanco, los delitos precisamente cometidos no por el hijo de “machepa”, no por el pobre del pueblo, que a veces se ve precisado a tomar un bien que no es el suyo, sino el cometido por sectores de un gran poder económico, político, social en una sociedad y que por lo regular, a diferencia de lo que sucede con el pro-

¹ <http://www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4-tpcobas4.htm#5.-%20FRAUDE%20BANCARIO>. Guarino, Gonzalo. Trabajo de investigación Fraude Bancario. Universidad del Salvador. 1.999.

² http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_46a.htm

cesado pobre que está súper poblando precisamente las cárceles, no solamente de nuestro país, sino de la gran mayoría de países como el de nosotros y que por eso el profesor argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, dice que nuestras cárceles están súper pobladas de ladrones pobres, feos, y allá nunca llegan precisamente las personas que han cometido fraudes como los que ocupan la atención en este evento”¹.

ANTECEDENTES.-

Hasta la década de los sesenta el fraude bancario informático no tenía una mayor importancia por el reducido o nulo número de casos que se habían presentado hasta ese momento. Posteriormente empiezan a darse los primeros casos de fraude bancario y la preocupación de los bancos marca la pauta para que éstos empujen las regulaciones y tipificación al respecto.

En todo caso, los documentos mercantiles de las entidades financieras han sido el epicentro de la actividad defraudadora; así como también los productos bancarios como las operaciones internacionales han pasado a ser objeto novedoso de grupos criminales defraudadores mediante el empleo de ingeniosos y cada vez más nuevos procedimientos, acompañados ahora de las herramientas electrónicas e informáticas que con gran habilidad consiguen cuantiosos botines económicos.

CARACTERISTICAS

Subjetivas

- Intención del sujeto activo de conseguir el beneficio con daño patrimonial de otro.
- El engaño es el medio por el cual el sujeto pasivo o víctima es perjudicada para tomar una decisión errada.
- Debe haber un nexo causal entre la conducta del acusado y el perjuicio ocasionado (actuar doloso).

Objetivas

- El perjuicio debe ser real y efectivo
- Debe ser el resultado de actos positivos; es difícil comprobar estafa por omisión o por silencio.

¹

http://www.pciudadana.com/noticias/not_2004/09222004_impacto_fraude_Bancario.htm

CAUSAS PARA EL FRAUDE BANCARIO.-

Se han determinado como posibles causas para este tipo de delito las siguientes:

- a) La recesión económica muchas veces induce su crecimiento.
- b) Las escasas publicaciones técnicas y análisis necesarios han hecho que su tipificación sea más lenta que su evolución.
- c) La actuación de ciertos gobiernos corruptos que despiertan el fenómeno de la corrupción.
- d) La extensión del blanqueo de dinero para evadir la acción fiscal o para reconvenir los fondos procedentes del narcotráfico.
- e) La tecnificación de los medios y algunos sectores representativos como los medios de comunicación masivos.
- f) Cuerpos de policía que siguen tratando los casos de fraude como negocios poco satisfactorios, remitiendo a la mayoría de las víctimas de estos delitos a la vía civil y reclamaciones civiles.
- g) El incremento del consumismo a nivel mundial
- h) La falta de denuncia de los delitos cometidos¹.

LOS ACTORES DEL FRAUDE BANCARIO

Por lo general, no es un solo individuo el que interviene para asestar un golpe bancario sino que son verdaderas organizaciones las que genera esta especie de criminalidad para actuar con éxito en operaciones bancarias, empresariales, industriales, etc. En el caso del fraude informático puede ser una persona o varias las involucradas en el delito. La gran ventaja que tienen estos delitos yace en la facilidad que tienen ciertas personas para interactuar con los sistemas informáticos y de esta manera engañar a terceros que son sus víctimas.

Los actores del fraude informático son considerados como los sujetos activos de los delitos informáticos y que en el caso bancario pueden formar parte de la institución o ser terceros ajenos a la empresa financiera. En todos los casos estos ciberdelincuentes “tienen habilidades para el manejo de los sistemas informáticos y generalmente por su situación laboral se encuentran en lugares estratégicos donde se maneja información de carácter sensible, o bien son hábiles en el uso de sistema informatizados, aún, cuando, en muchos de los casos, no desarrollen actividades laborales....”².

¹ Decisión marco del Consejo. Comisión de las Comunidades Europeas.
http://Europa.eu.int/eur-lex/com/pdf/2002/com2002_1073es01.pdf

² www.stj-sin.gob.mx/delitos_informaticos2.htm

Las formas de operar pueden ser la simulación de pérdidas, la evasión de capitales, entre otras operaciones criminales.

Pueden inclusive considerarse como formas de fraude la obtención de concesiones de créditos vinculados, de créditos a compañías sin un respaldo económico viable en desmedro de otros cuentahabientes).

TIPOS DE FRAUDE RELACIONADOS

- Fraude Fiscal.
- Fraude empresarial
- Fraude Bancario
- Blanqueo de dinero
- Fraude Postal
- Fraude informático
- Fraude alimentario
- Fraude en los Seguros
- Fraude Marítimo
- Fraude artístico
- Fraude científico.

Blanqueo de dinero: Sobre los mencionados anteriormente es importante resaltar el blanqueo de dinero, llamado también como la “bestia negra” de los delitos económicos, que se convina con el delito de fraude fiscal como se ha explicado. Está vinculado al tráfico de drogas, tráfico de armas y tráfico de personas como la prostitución). Se relaciona con el fraude bancario por medio de los intermediarios financieros clandestinos o una especie de bancos ilegales que realizan operaciones comerciales y financieras internacionales burlando todas las leyes sobre control de cambio e información.

Mediante el uso de intermediarios, una persona física o jurídica puede transferir dinero efectivo o títulos valores de un país a otro sin constancia documental ni control de las autoridades de ninguno de los dos países, el de salida y el de entrada de los fondos.

Los intermediarios pueden aparecer como asociados import-export o como comisionados de empresas. En esto suelen intervenir los paraísos fiscales porque permiten simular con mayor facilidad los fondos provenientes de un tráfico ilegal y proveen de cuentas secretas en sus bancos a quienes posteriormente ordenan inversiones en títulos valores vendidos normalmente por las entidades financieras en otros países.

En algunas ocasiones, los intermediarios también pueden ser víctimas de la cadena, ya que de otros países les ofrecen cuantiosas canti-

dades a cambio de retener en sus cuentas dineros indebidos, pero que se les simula como dineros provenientes de actividades lícitas a las que creen los intermediarios servir.

También se produce otro tipo de estafa por la cual el intermediario a cambio de recibir una cuantiosa cantidad, primero debe remitir algo de dinero al oferente como una especie de seriedad exigida para el traspaso de dinero, más al final no existe el traspaso de dinero de regreso, sino simplemente el engaño para sacar el dinero de su cuenta. Normalmente estos ofrecimientos operan por correo postal y de allí su vinculación con los otros dos tipos de fraude.

ALGUNAS MODALIDADES DE FRAUDE BANCARIO

Entre las modalidades de fraude bancario podemos citar las siguientes:

- Falsificación de documentos idénticos por imprentas clandestinas de documentos personales, crediticios, cheques, etc.
- Vaciamiento de empresas, entre las que se incluyen a los mismos bancos, casas de cambio, agentes de bolsa, etc.
- Negocios bancarios que pueden ser en beneficio propio y dolosamente documentados como el fraude bancario.
- Créditos otorgados a empresas vinculadas- empresas inexistentes-empresas creadas solamente para ese fin con carpetas de crédito falsas.
- Toma de inversiones no canalizadas por la institución captante con miras de vaciar la entidad.
- Desvios de líneas preferenciales de créditos a actividades para las cuales no estaban destinadas.
- Comercio exterior- sobre o sub-facturación de importación y exportación con simulaciones de operacionea para enviar divisas al exterior, cobros de reintegros, cobreo indebido de beneficios y estímulo a la exportación.
- Maniobras realizadas a través de mesas de dinero.
- Balances bancarios adulterados presentados a los organismos de control para aumentar su capacidad prestable.
- Apertura de cuentas corrientes, tarjetas de crédito, y todo tipo de productos bancarios con documentación falsa.
- Transferencias falsas (Ej. es el caso “lo jack” y “mafia rusa” que se explican en este trabajo)
- Cheques oficiales adulterados.
- Cheques Mellizos.
- Depósitos en cajas de ahorros.
- Fraude con telemercadeo y cajeros automáticos.

TIPOS PENALES RECONOCIDOS INTERNACIONALMENTE

- Concentración de créditos.
- Establecimiento de banca paralela.
- Obtención indebida de créditos¹.

DELITOS FINANCIEROS EN EL ECUADOR

El Ecuador pasó en los últimos años por una crisis bancaria que derivó en la tipificación de nuevas formas delictuales para proteger al sistema financiero y así a la sociedad. Entre los nuevos tipos financieros encontramos.

- Lavado de dinero.
- Delito de peculado y delito financiero de peculado bancario.
- Defraudaciones bancarias.
- Delito de pánico económico-financiero.
- Quebrantamiento de sigilo bancario².

LOS FRAUDES Y LOS MEDIOS MÁS HABITUALES.

Dentro de los fraudes más habituales relacionados con ciertos medios identificables se pueden:

- a) Falsificación documental
- b) Fraudes con tarjeta de crédito
- c) Mandato por nota.
- d) Fraudes con telemarketing y
- e) Fraudes por cajero automático.

a) Falsificación documental:

En la falsificación documental las formas más usuales de fraude son:

- a) Usurpación de identidad en la apertura de cuentas o solicitud de productos bancarios con identidades de terceros.
- b) Soporte material documental falso de los documentos financieros que sirven como crédito o son sujetos de pago inmediato.

¹ http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_46a.htm

² Código Penal y Ley General de Instituciones financieras. Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones. Junio. 2005.

Los sujetos pasivos de la acción fraudulenta son:

- El portador genuino de identidad y que generalmente son personas que no han tenido relación directa con la entidad bancaria.
- La entidad financiera ya que al haber facilitado un producto bancario a una persona con identidad falsa soporta directamente el daño del fraude.

Aquellos que actúan bajo su propia identidad pero con soporte de documentación falsa suelen:

- Presentar un informe de ganancias genuinas, pero enmiendan datos, fraguan información o montos en las mismas para aparentar mayores ingresos, no declaran bienes, etc..
- Presentar formularios originales, pero “scannean” los sellos de la agencia receptora o de la sucursal del banco en dónde se presentó, o también existen sellos apócrifos o robados, que se utilizan para la conformación de la documentación necesaria para cometer el ilícito.
- elaboran los formularios o los comprobantes con una computadora, pero esta documentación es fácilmente detectable, ya que suele ser de “baja calidad”.
- Hacer constar en sus recibos mayores ingresos a los percibidos realmente para tener un piso mayor y obtener límites o préstamos mayores.

c) Fraudes con tarjetas de crédito:

Los factores básicos para el crédito de tarjeta de crédito son la confianza y la buena fe. Así, el emisor tiene confianza en que el usuario pagará las compras que efectúe con el crédito que le otorga y el comerciante tiene confianza de que sus ventas serán pagadas por el agente emisor.

Se rompe esta cadena cuando por pérdida o duplicación se rompe esta cadena y se cometen hechos ilícitos que pueden caer en figuras como estafa, defraudación, apropiación indebida y falsificación de documento público o privado.

Las principales modalidades en el fraude con tarjeta de crédito son:

- Exceso en el límite de compra
- Préstamos en dinero a usuarios.
- Adhesión de comercios falsos
- Comercios llamados “golondrina”.
- Skimming o copiado de banda magnética.
- Falsificación o adulteración de plásticos por corte, raspado y pegado; etc.

Actores: los actores suelen ser aquellos que realizan compras con tarjetas de crédito extraviadas, sustraídas o adulteradas y en algunas oportunidades con complicidad de algún comerciante infiel.

d) Mandatos por nota:

Estos actúan a través de personas denominadas “burritos” que son personas captadas mediante la publicación en un anuncio clasificado de un diario por el cual se solicita una persona para realizar trámites bancarios.

A esta persona, una empresa fantasma, aparentemente legal entrega notas bancarias ya sea de cuentas de ahorro o cuentas corrientes al “cargador” para cobrar en cuentas diferentes de personas existentes naturales o jurídicas de quienes conocen sus firmas y lo que hacen es falsificarlas a la perfección de manera que parezca que han dado autorización para sacar fondos por parte de un tercero.

Estas compañías funcionan hasta el momento en que el “cargador” es descubierto y se dan a la fuga.

e) Fraudes con telemarketing -

El telemarketing es un fraude que combina el fraude bancario con el fraude comercial y puede ser de dos tipos:

1. Compañías de Telemarketing que funcionan por teléfono ofreciendo mercaderías que ofrecen dar un servicio o mercadería a cambio de que la persona deposite una suma de dinero en una cuenta que ellos indican por depósito o transferencia de fondos, pero casi nunca envían la mercadería o si lo hacen es totalmente distinta a la ofertada. Las más comunes formas de estafas de este tipo son las de vacaciones de tiempo compartido, purificadores de agua, seguros de tarjeta de crédito, vitaminas y secador solar de ropa.

2. Fraude individual que obtiene el número de tarjeta habiente comunicándole que ha ganado un premio, pero que debe dar su número para verificar si es el ganador, pero el premio jamás es recibido.

e) Fraude por cajero automático:

Este tipo de fraude se puede ejecutar así:

1. Se abre una cuenta falsa con un depósito mínimo para recibir la tarjeta de débito y así poder acceder a los cajeros con su número de P.I.N. (clave de identificación personal) a cajeros que funcionan con puertas. Una vez dentro colocan pegamento o un pedazo de metal en la ranura de salida del dinero del cajero para que no se abra.
3. Otro método es colocar un trozo de cartón pintado del mismo color del cajero y dan un efecto de pantalla delante de la puerta de salida del dinero.
4. También encaja la utilización de una tarjeta anulada o caducada de un tercero sin tener derecho o autorización para tal actuación.
5. También las extracciones repetidas hasta superar el monto depositado. En estos casos se puede considerar con un giro sobre una cuenta y el banco asume responsabilidades por su funcionamiento propio.

PREVENCIÓN DEL FRAUDE BANCARIO

A pesar de que el delito económico produce un cuantioso daño económico y social, no solamente entre grupos, sino en las economías mundiales es escasa la reprobación social frente a otros tipos de hechos delictivos o delitos menores que por su violencia en su ejecución manifiestan mayor inquietud en la gente, de forma que son pocas las medidas preventivas que se efectúan alrededor del fraude bancario tornando en cierta manera permisible a los hechos y muchas veces existe un alto grado de impunidad.

Esta falta de controles y medidas se ve reflejada en:

- Carencia u ocultamiento de Información Adecuada: las instituciones damnificadas guardan para sí el secreto de algunos hechos delictivos con tendencia a preservar el prestigio o el no reconocer su vulnerabilidad operacional, absorbiendo dichas pérdidas.

Sin embargo, a través del tiempo, por intervención de las áreas de seguridad de las instituciones han comprendido la necesidad y la importancia

de la información real, pero de todas maneras es complicado cambiar las políticas institucionales bancarias.

- Ausencia de Previsiones Legales.- muchas de las modalidades delictivas carecen de encuadre dentro de las figuras penales vigentes, fundamentalmente en forma puntual, siendo contempladas en forma genérica dentro de un contexto amplio que dificulta su tipificación.

- Falta de autoridades especializadas.- El entorno de la función financiera es compleja y requiere atención especial y conocimientos, pero es sabido que no hay juzgados específicos para los delitos bancarios – financieros.

- Ineficiencia de Mecanismos de Control.- La ausencia de controles, la simplicidad de los mismos o sus errores posibilitan los caminos para cometer los ilícitos por el aprovechamiento de estas omisiones y fallas.

- Bajo nivel de Reprobación General y efectiva- por ser realizados ingeniosamente y vistos como sorprendentes o increíbles, estos hechos producen un impacto circunstancial en la gente, pero carecen de reprobación general.

- Ineficacia del Control Administrativo.- Existe falta de controles administrativos que deberían realizarse en las Entidades y/o Instituciones a fin de establecer cuales son las áreas vulnerables para el mejoramiento operativo con fin de prevenir fraudes.

- Falta de Castigo Adecuado.- La falta de una tipificación adecuada y diversa de este tipo de delitos también torna complicada la tarea de imponer una sanción adecuada sobre todo porque los delincuentes son de cuello blanco con grandes influencias a su alrededor.

- Deficiencias Probatorias.- La ausencia de controles administrativos y legales tornan dificultosa la investigación, la obtención de pruebas y fundamentalmente, la individualización de responsables.

- Coparticipación de funcionarios desleales o mera negligencia de funcionarios bancarios: Es común que iniciada la investigación, se encuentren responsabilidades administrativas en funcionarios que aducen desconocimiento o que aparecen reemplazados por otros a los cuales no se les notificó de su responsabilidad e incluso la habitualidad del trabajo sectorial. Esto no solo facilita los hechos sino que evidentemente produce una fisura administrativa que no permite clarificar los hechos.

- Dificultades en los seguimientos de dinero producto de fraudes.- El secreto bancario sobre ciertas operaciones bancarias que rige en varios países dificulta por completo esta situación.

- Los Informes Comerciales. Existen en el ámbito financiero empresas que se dedican a extenderles a las entidades bancarias y/o financieras informes detallado sobre la actividad económica desarrollada sobre las personas que requieren sus servicios.

EL DELITO INFORMÁTICO Y SU RELACION CON EL FRAUDE BANCARIO.

Recordemos que se define al delito informático como:

“¹Actitudes ilícitas que se tiene a las computadoras como instrumento o fin”.

“...delitos relacionados con las computadoras se define como cualquier comportamiento antijurídico, no ético o no autorizado, relacionado con el procesado automático de datos y/o transmisiones de datos”

Grupo de expertos OCDE en PARIS /mayo de 1983²

Si bien es cierto el desarrollo de la tecnología ha facilitado los procedimientos tanto en las empresas públicas, como en las privadas y permite una mejor y más fluida comunicación entre personas y empresas que se encuentran en distintos lugares geográficos, también tiene una faceta negativa que aprovecha todos estos beneficios para manipular fraudulentamente los ordenadores con ánimo de lucro o destruir programas o datos o el acceder y utilizar indebidamente la información afectando la esfera de la privacidad; pero en el caso de los delitos de fraude bancario informático pueden darse todas las formas anteriores combinadas además con transferencias indebidas de dinero, utilización de datos para realizar un desfalco de cuentas y por lo tanto los grandes hurtos bancarios, cambiando la violencia del robo bancarios por la ingeniosidad del hurto informático y el fraude en donde entran no solamente personas especializadas en asuntos informáticos, sino también empleados de las empresa bancarias.

Para perpetrar estos delitos informáticos y fraudes se utilizan procedimientos relacionados con el procesamiento electrónico de datos mediante los cuales es posible obtener grandes beneficios económicos o causar importantes daños materiales y morales. Estos procedimientos pueden operar mediante la manipulación ilícita para crear datos falsos o

¹ Tellez, Julio. Derecho Informático. Editorial Mc Graw-Hill. México, 1996. Pág. 103.

² Citado por Correa-Bato-Czar-Nazar. Derecho Informático. Editorial de Palma, Buenos Aires. 1994. Pág. 295.

alterar datos o procesos contenidos en sistemas informáticos con el fin de obtener ganancias indebidas.

Según Luis Camacho Losa, el único límite existente viene dado por la conjugación de tres factores: la imaginación del autor, su capacidad técnica y las deficiencias de control existentes en la instalación¹.

También, es posible interferir en el correcto procesamiento de la información, alterando el programa o secuencia lógica con el que trabaja el ordenador.

Para llegar a utilizar el término fraude informático se ha tenido que pasar por una etapa de discusiones en la cuales, incluso se llegó a negar el uso del término por parte de algunos tratadistas².

El estado actual de la técnica que incluso hace posible el cometimiento de delitos que antes no se los pensó, nos ha llevado a definir al fraude informático de la siguiente manera: “la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o ya contenidos en el ordenador en cualquier de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, con ánimo de lucro y en perjuicio de un tercero”³.

Este tipo de fraudes pueden utilizar diferentes métodos como: alteración datos, omisiones al ingresar datos verdaderos o introducción de datos falsos en un ordenador. Se conoce a estos métodos de realización como manipulación del input.

Todo esto ha desarrollado un nuevo tipo de criminalidad calificada como “criminalidad informática”.

Los siguientes actos informáticos delictivos están vinculados al fraude bancario, ya sean como medio o como fin:

- Falsificación de documentos vía computarizada (tarjetas de crédito, cheques, etc.)
- **Variación de los activos y pasivos en la situación contable de las empresas.**

¹ Camacho Losa, Luis. El delito informático. Madrid. España. 1987. Pág. 33.

² Gutierrez Frances, María Luz. Fraude Informático y estafa. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España. 1991. Pág. 87-88.

³ Romeo Casabona, Carlos María. Poder Informático y Seguridad Jurídica. Fundesco, Madrid, España. 1987. Pág. 47.

- Planeamiento y simulación de delitos convencionales (robo, homicidio, fraude, Etc.).
- Lectura, sustracción o copiado de información confidencial.
- Modificación de datos tanto en la entrada como en la salida.
- Aprovechamiento indebido o violación de un código para penetrar a un sistema introduciendo instrucciones inapropiadas.
- Variación en cuanto al destino de pequeñas cantidades de dinero hacia una cuenta bancaria apócrifa.
- Acceso a áreas informatizadas en forma no autorizada.
- Intervención en las líneas de comunicación de datos o teleproceso.

Para Camacho Losa¹ las principales áreas en las que el fraude informático puede producirse son:

- 1.- Sustracción de dinero o documentos.
- 2.- Sustracción de mercaderías.
- 3.- Sustracción de valores negociables.
- 4.- Sustracción de servicios.

TIPOS DE DELITOS INFORMATICOS RELACIONADOS CON LA BANCA

- a) Spams y banners que contienen publicidad sobre créditos y acceso a productos financieros, sin ser solicitados o con requisitos mínimos.
- b) Mails solicitando información de cuentas de todo tipo haciéndose pasar por entidades oficiales y reconocidas de la banca..
- c) Hurtos de bases de datos con información que contiene cuentas bancarias o números de tarjetas de crédito, por medio de hackers o crackers.
- d) Cadenas de mails para obtener cuentas de usuarios para posteriormente realizar en cada uno de ellos un fraude bancario, uno a uno.
- e) Rompimiento de seguridades.
- f) Suplantación de identidades.
- g) Garantías bancarias falsas en Internet²:

MODALIDADES GENERICAS DE FRAUDES INFORMATICOS

- 1.- Mediante el engaño, actos preparatorios, donde el perjuicio es ocasionado por el artificio o la memoria como la falta de confirmación de identidad.

¹ Camacho Losa. Op. Cit. Pág. 33.

² <http://iblnews.com/news/noticia.php?id=15804>

2.- Abuso de confianza con aprovechamiento de situaciones ya existentes y que muchas veces no están conectadas entre ellas.

Estas modalidades pueden ser:

- En forma individual o mediante asociación.
- Con participación del personal de la entidad.
- Acciones sucesivas, simultáneas por montos insignificantes o por un monto importante.
- Por cualquier medio, personal, físico, magnético, digital, electrónico, telefónico y demás medios que puedan presentarse de acuerdo con el avance tecnológico.

MODALIDADES DE LA DEFRAUDACIÓN INFORMATICA.

Las modalidades pueden producirse de acuerdo con la etapa del manejo de datos, así tenemos:

- Manipulación en la entrada de los datos (input): Consiste en suministrar datos falsos al ordenador o al sistema, sea modificándolos o usando datos totalmente ficticios¹.
- Manipulación en el programa: El manejo de los datos se hace directamente en el programa para que éste funcione de la manera programada y altere automáticamente los datos ingresados o produzca un resultado preparado con anticipación.
- Manipulación de salida (Output): Se modifican los datos de salida. Los datos producidos son reales, pero son alterados al momento de arrojar el resultado, como por ejemplo en una impresora.
- Manipulación a distancia: En este caso la alteración puede ser en tiempo real y de acuerdo con los resultados que arroje el sistema. Este tipo de manipulación de se logra mediante el uso de las telecomunicaciones.

LEGISLACION INTERNACIONAL RELACIONADA CON EL FRAUDE BANCARIO.

A continuación se resume la legislación relacionada con la Lucha contra el Fraude en los dos principales centros económicos mundiales como son la Unión Europea y los Estados Unidos de América y además de un marco referencial de las Naciones Unidas.

¹ Magliona, Claudio. Delincuencia y fraude informático. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1.999. Pág. 193.

a) Unión Europea:

1. Acuerdo Interinstitucional de 25 de mayo de 1999 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) Diario Oficial n° L 136 de 31/05/1999 P. 0015 – 0019. Este acuerdo tiene como antecedentes el Reglamento (CE) n° 1073/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo, así como el Reglamento (Euratom) n° 1074/1999 del Consejo, relativos a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el fraude y lo que se trata con este Acuerdo es reforzar el alcance y la eficacia de la lucha contra el fraude aprovechando la experiencia adquirida en el ámbito de las investigaciones administrativas mediante la adopción de un régimen común que comprende las medidas de ejecución necesarias para facilitar el correcto desarrollo de las investigaciones efectuadas por la Oficina en su seno. La finalidad de dichas investigaciones es la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Comunidad Europea.

b) Estados Unidos:

1. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, a través de la División de Confiscación de Activos y Lavado de dinero ha firmado 39 convenios de cooperación internacional en materia de confiscación, repartición de activos y ayuda legal mutua (MLAT en inglés) para perseguir delitos como el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el lavado de dinero y fraudes fiscales que, a su vez, se relacionan directa o indirectamente con fraudes económicos y financieros. Estos convenios se respaldan en la Convención de Viena de las Naciones Unidas que tiene que ver con el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y de forma especial con el decomiso y la confiscación. Esta regulación aunque no es propiamente sobre fraude bancario, si se conecta en tanto y cuanto las operaciones financieras ilícitas se hayan realizado con el fin de financiar otras actividades ilícitas como el narcotráfico.
2. Otras entidades gubernamentales de este país que contribuyen al descubrimiento de este tipo especial de delitos es la Agencia de Investigación Avanzada (ARPA) del Departamento de Defensa, cuyos objetivos principales se enmarcan en la investigación de campos de ciencia y tecnología militar.

Naciones Unidas.

1. A mediados del decenio de 1990 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Resolución 55/25 de la Asamblea General). Se marca así una etapa de coope-

ración internacional que es guiada por la Oficina de las NNUU contra la Droga y el Delito dentro del cual se incluye el blanqueo de dinero y actos de corrupción, que también se relaciona con la Convención contra la Corrupción (Resolución 58/4 de la Asamblea General) y la creación de redes intergubernamentales de información orientadas a la recuperación de activos desviados o robados mediante prácticas corruptas como malversación de fondos o blanqueo de fondos públicos. Se suma a todo esto el Grupo de Acción Financiera y sus 40 recomendaciones sobre el blanqueo de capitales.

2.- En la Declaración de Viena se trató sobre los planes de acción contra los delitos que se relacionan con la proliferación de tecnologías y la información y los nuevos sistemas de telecomunicaciones: La Resoluciones 55/ 63 de 4 de diciembre de 2000 y 56/121 de 19 de diciembre de 2001 relativas a la lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos; la 57/239 de 20 de diciembre de 2002 relativa a la creación de una cultura mundial de seguridad cibernética; y la Resolución 58/199 de 23 de diciembre de 2003 sobre la protección de infraestructuras de información esenciales.

3.- Sobre la relación entre el terrorismo y el blanqueo de dinero encontramos a la Resolución 1373 de 2001 del Consejo de Seguridad en la que se observa la conexión estrecha entre estos dos tipos de delitos y frente a lo cual la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 12vo. Período recomienda aprobar a la Asamblea General un proyecto de resolución sobre un marco de actividades del Centro para la Prevención Internacional del Delito. También en este contexto puede aplicarse el Convenio para la represión de la financiación del terrorismo (Resolución 54/109 de la Asamblea General que trata de las operaciones financieras y actividades de grupos organizados.

5.- América Latina:

En América, los cuerpos de inteligencia especializada de la policía son aquellos que se han especializado en la persecución de los delitos financieros, dentro de sus estudios de criminalística. Argentina y Chile a través de su cuerpo de carabineros¹ cuenta con los cuerpos de policía de mayor especialización en estos aspectos en lo que respecta a América del Sur.

¹Capitan José Alfonso Toledo Dumenes. Carabineros de Chile. Academia de Ciencias Policiales. Departamento de Ingeniería. “Delitos Emergentes en Internet y el Desafío de Carabineros de Chile en la prevención y control en la era informática”. Agosto de 2001. <http://www.delitosinformaticos.com> Proyectos de Criminalística Informática.

El Comité de Basilea¹

En 1930, en la época previa a la segunda guerra mundial se estableció el Banco Internacional de Pagos como un organismo que suministraba mecanismos apropiados para manejar el patrón oro y contar con una adecuada cooperación internacional. Se encuentra situado en Basilea, Suiza y es el antecedente del Comité de Basilea.

Este Comité mantiene relaciones con el Comité de Estándares de Contabilidad Internacional; el Comité de Prácticas de Auditoría Internacional, la Federación Internacional de Contadores y la Cámara de Comercio Internacional, el Grupo de Contacto de Supervisores de la Unión Europea; el Grupo de Supervisores de Offshore; la Comisión de América Latina y el Caribe en Supervisión Bancaria e Inspección. Así como también, el Grupo de Supervisores del Caribe; el Grupo de los Estados Árabes y el Centro de Estudios Latinoamericanos (CEMLA); El Comité Ejecutivo del Sudeste Asiático y los Bancos Centrales del Pacífico (EMEAP); Bancos Centrales del Sudeste Asiático (SEACEN), la Asociación Asiática para la Cooperación Regional (SAARC) y Sur África (SADC). Es decir, conforma una gran estructura que puede servir para luchar contra el fraude bancario internacional, considerando al sistema bancario como interés general mundial.

LA INTERVENCION DE LA INTERPOL EN LOS DELITOS BANCARIOS.

En la Resolución adoptada por la 55ª Asamblea General de Interpol en Belgrado en el año de 1986 se creó en la Secretaría General, un Grupo de Trabajo permanente con el objeto de mejorar la cooperación entre la Policía y la Banca.

Posteriormente en las Asambleas Generales de 1987 en Niza y de 1988 en Bangkok, se crearon comisiones de cooperaciones entre la policía y la banca.

La Asociación Internacional de Seguridad Bancaria dispone para sus asociados de “el sistema informático sobre estafas” (IBSAFIST- Ibsa Fraud Information System) a través de sus comunicaciones IBSALINK que ha permitido proveer de información a la comunidad policial internacional sobre el cometimiento de maniobras fraudulentas.

¹ Humberto Ustáriz González. “El Comité de Basilea y la Supervisión Bancaria”.

El protocolo de cooperación entre la Interpol y la Asociación Internacional de Seguridad Bancaria ha permitido reforzar y continuar en la lucha contra este tipo de actos delictuosos.

EL DELITO INFORMÁTICO BANCARIO

Vemos que el delito informático bancario sigue los mismos parámetros que los delitos bancarios comunes, sólo que en estos casos añadimos elementos como la manipulación de datos, información, destrucción, engaño y otras figuras que facilitan el cometimiento de los delitos, con el agravante de la dificultad de identificar a los autores, cómplices y encubridores del delito.

El delito informático bancario sigue las mismas pautas e intereses que tiene este delito en sí, esto es, la obtención de dinero de manera directa y en la mayoría de los casos sin ser identificado o quedar en la impunidad.

Afortunadamente la mayoría de países del mundo ha empezado a aprobar legislaciones sobre delitos informáticos y esto faculta a la justicia a imponer sanciones cuando un ciberdelincuente puede ser identificado.

COMENTARIOS

Vemos como los delitos bancarios tienen diferentes formas que son aprovechadas por los delincuentes informáticos para causar daños a terceros o simplemente hacer alarde de sus conocimientos.

En el transcurso de este trabajo hemos llevado la atención hacia los delitos informáticos a fin de contar la base de conocimientos sobre la cual este trabajo apunta su desarrollo.

Posteriormente pasamos a analizar el fraude financiero con el mismo sentido, es decir, despejar aquellos actos que resultan típicos en el sistema financiero de los diferentes países y que forman parte de la realidad económica mundial.

Luego analizamos los delitos informáticos bancarios y sus diferentes modalidades para que éstas nos permitan ver los pasos que pasa el delito informático respecto de la banca.

El punto de coincidencia en este trabajo recae en la modalidad informática para comentar los delitos y defraudaciones bancarias a través de los nuevos medios electrónicos, como son Internet y el uso mismo de sistema informáticos que facilitan en muchos casos la falsificación, alteración o engaño para obtener un beneficio o causar un daño, sea que este se encuentre tipificado como delito o sea una figura atípica e impune.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, tomo III, Pág. 58-59.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- Magliona, claudio. Editorial Jurídica de Chile, 1.999. Santiago de Chile. Pág. 187.
- Gutiérrez Francés, María Luz, Fraude Informático y estafa. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España, 1991. Pág. 105.
- Código Penal Ecuatoriano. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito- Ecuador.
- <http://www.salvador.edu.ar/juri/ua1-4-tpcobas4.htm#5-%20FRAUDE%20BANCARIO>. Guarino, Gonzalo. Trabajo de investigación Fraude Bancario. Universidad del Salvador. 1.999.
- http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_46a.htm
http://www.pciudadana.com/noticias/not_2004/09222004_impacto_fraude_Bancario.htm
- Decisión marco del Consejo. Comisión de las Comunidades Europeas.
http://Europa.eu.int/eur-lex/com/pdf/2002/com2002_1073es01.pdf
- www.stj-sin.gob.mx/delitos_informaticos2.htm
- http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_46a.htm
- Código Penal y Ley General de Instituciones financieras. Corporación Nacional de Estudios y Publicaciones. Junio. 2005.
- Tellez, Julio. Derecho Informático. Editorial Mc Graw-Hill. México, 1996. Pág. 103.
- Citado por Correa-Bato-Czar-Nazar. Derecho Informático. Editorial de Palma, Buenos Aires. 1994. Pág. 295.
- Camacho Losa, Luis. El delito informático. Madrid. España. 1987. Pág. 33.
- Gutiérrez Frances, María Luz. Fraude Informático y estafa. Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, España. 1991. Pág. 87-88.
- Romeo Casabona, Carlos María. Poder Informático y Seguridad Jurídica. Fundesco, Madrid, España. 1987. Pág. 47.
- Camacho Losa. Op. Cit. Pág. 33.
- <http://iblnews.com/news/noticia.php3?id=15804>
- Magliona, Claudio. Delincuencia y fraude informático. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1.999. Pág. 193.
- Capitan José Alfonso Toledo Dumenes. Carabineros de Chile. Academia de Ciencias Policiales. Departamento de Ingeniería. "Delitos Emergentes en Internet y el Desafío de Carabineros de Chile en la prevención y control en la era informática". Agosto de 2001. <http://www.delitosinformaticos.com> Proyectos de Criminológica Informática.

- Humberto Ustáriz González. “El Comité de Basilea y la Supervisión Bancaria”.
- Comisión Europea. “Comunicación de la comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la prevención y la lucha contra la delincuencia organizada en el sector financiero”. Documento en pdf.
- Correa Maggy, Mora Nick y otros. “Delitos Electrónicos”. Monografías.com.
- División de confiscación de activos y lavado de dinero sección penal. Departamento de Justicia de los USA. “Cooperación internacional en materia de confiscación y repartición de los activos confiscados”
- Guarino, Gonzalo y PARDO, Sebastián. “Fraude Bancario”. Universidad de El Salvador. Facultad de Ciencias Jurídicas. 1999. <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-tpcobas4.htm#1.-%20NOCIÓN%20DEL%20FRAUDE> .
- Toledo, José Alfonso, Capitán. Carabineros de Chile. Academia de Ciencias Policiales. “Delitos Emergentes en Internet y el desafío de los Carabineros de Chile en la prevención y control en la era informática”. Delitosinformáticos.com. 2001.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. “Guía para las Deliberaciones de Prevención del Delito y Justicia Penal.” Febrero 2003. Documento en pdf.

-

LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

CAROLINA REGALES BEJARANO

I. Introducción

La figura del Defensor del Pueblo se percibió idealizada, por parte del pueblo panameño, cuando la Comisión Presidencial, que formuló el anteproyecto de Ley que creaba la Defensoría del Pueblo, inició las audiencias públicas para conocer las opiniones sobre el mismo. En éstas se descubrió que la consideraban con una gran cantidad de funciones y responsabilidades, que a la larga la hubieran vuelto inoperable. Actualmente, a pesar de que la figura de la Defensoría del Pueblo goza en estos momentos de jerarquía constitucional, todavía gran parte de los panameños desconocen las verdaderas funciones de esta institución, y por ende, por un lado, la critican muchas veces injustamente, y por otro, no utilizan los servicios que la misma puede ofrecerles.

Dada que la frase “Defensor del Pueblo”, si se ve literalmente, puede conducirnos a una interpretación errada de las funciones que cumple (por ejemplo, el considerar que su deber es solamente el defender, y no el prevenir y mediar). Iniciaré exponiendo lo que abarca esta figura en nuestro país.

Con este fin, para lograr tener una visión global del Defensor del Pueblo extraeré su significado basándome inicialmente en los artículos 1, 2 y 6 de la Ley 7 de 5 de febrero de 1997.

El Defensor del Pueblo es el titular de la Defensoría del Pueblo, nombrado por el Presidente de la República a propuesta de la Asamblea Nacional (Art. 6). La Institución que dirige es independiente, y actúa “con plena autonomía funcional, administrativa y financiera, sin recibir instrucción de ninguna autoridad, órgano del Estado o persona”. (Art. 1) Tiene las funciones de velar “por la protección de los derechos establecidos en el Título III y demás derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá, así como los derechos previstos en los convenios internacionales de Derechos Humanos y la Ley, mediante el control de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públicos y actuará para que ellos se respeten, en los términos establecidos en la presente Ley”. (Art. 20)

En base a esta información, se puede señalar que el Defensor del Pueblo es un ente facilitador de la Justicia, sin formar parte del Órgano

Judicial. Su función de control nace de la proyección del poder fiscalizador que tiene el Órgano Legislativo; por consiguiente, es este Órgano el encargado de nombrarlo.

Al no poseer ningún poder punitivo su fortaleza principal radica en la autoridad moral de la persona que ostente el cargo, para que siempre que ésta emita alguna opinión o juicio, el pueblo esté consciente de que el mismo ha sido hecho con integridad, independencia, y, sobre todo, con justicia.

Por lo tanto, podemos resumir diciendo que la fiscalización que realiza el Defensor del Pueblo busca proteger los derechos humanos al evitar y corregir los abusos que las autoridades gubernamentales, al tener una investigación expedita, independiente y justa, puedan hacer.

Antes de finalizar este preámbulo deseamos resaltar otros nombres que se utilizan para el Defensor del Pueblo: Mediador, Delegado o Comisionado Parlamentario, Comisario, Defensor Cívico, Promotor de Justicia, y Contralor.

II. Antecedentes históricos de la figura del Defensor del Pueblo:

La figura más antigua de un Defensor del Pueblo se encuentra en la era de la República Romana. En ese entonces existía una gran separación entre los grupos sociales de los patricios y de los plebeyos. Estos últimos, tratando de buscar una mayor igualdad social, se movilizaron fuera de la ciudad de Roma, al monte Aventino. Ante esta amenaza para la estabilidad de Roma, surgieron la Ley de las XII Tablas y los Tribuni Plebis. Esta institución de los Tribunos era una magistratura constituida por dos Magistrados plebeyos, quienes representaban y velaban por los intereses de los plebeyos. Estos Magistrados “tenían un derecho de veto y de oponerse a las decisiones de todos los Magistrados, así como a la de los Cónsules y a las del Senado Romano”¹.

Después de esta figura, históricamente existieron otras que se asemejaban al Defensor del Pueblo, como el Defensor Civitatis en la época Bizantina; el Sabih-al-Mazalim de la España musulmana; el Justicia de Aragón de 1265; el Veedor del Rey, que de acuerdo al Derecho de Indias le comunicaba al rey de España los reclamos e injusticias cometidos por los Virreyes; y el Konungens Hogsta Ombudsmannen de Suecia en 1713. Pero el verdadero Defensor del Pueblo tal como lo conocemos

¹ Web de la Defensoría del Pueblo. “Datos Generales”. Panamá, Panamá, 2005.
<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/>

actualmente, surgió propiamente en Suecia, en el año de 1809, cuando esta figura fue incorporada a la Constitución, bajo el nombre de: Ombudsman. Desglosando etimológicamente esta palabra podemos decir que “man” significa hombre y “ombuds” una especie de delegación (Por este motivo, conforme lo mencionado anteriormente, otros términos que se usan en algunos países para denominar al ombudsman son “Delegado o Comisionado Parlamentario”).

En la Constitución de Suecia la figura apareció como “un delegado parlamentario, pero independiente de dicho órgano. Su función era vigilar e inspeccionar la administración, hacer respetar los derechos y libertades de los ciudadanos y admitir sus reclamaciones”¹. Este gran paso de admitir en la Constitución la figura del Defensor del Pueblo fortaleció grandemente la democracia.

Posteriormente se extendió la figura en los países europeos, en algunos del resto del mundo y hace unas décadas, a Iberoamérica. “En Iberoamérica, la influencia se inicia con su incorporación en la Constitución de Portugal de 1976, en la de España de 1978 y en la de Guatemala de 1985.”²

La primera experiencia de Defensor del Pueblo que hubo en Panamá la encontramos en la adopción del “Ombudsman en la Comisión del Canal” como cumplimiento del Tratado del Canal de Panamá (27 de septiembre de 1979). Posteriormente, en 1990, a través del Decreto 107, el Tribunal Electoral de la República de Panamá, crea la Dirección de Investigaciones Administrativas, y a su director lo denomina “Ombudsman”, ya que le da como misión principal el “velar por el cumplimiento de las normas administrativas de la institución y proteger los derechos de los ciudadanos”³. En el año de 1992, en el Proyecto de Reformas Constitucionales, que no fue ratificado, se incorporaba la propuesta de la figura, con el nombre de “Tribuno del Pueblo”. En 1995 se creó una Comisión Presidencial, mediante Decreto Ejecutivo No.172 de 27 de abril de 1995, para promover la creación de la Defensoría del Pueblo. Después de muchas consultas con nacionales y extranjeros se presentó el Anteproyecto de Ley No.43, el cual después de ser discutido y aprobado por la Asamblea Legislativa, llegó a ser la Ley No. 7 de 5 de febrero de 1997, mediante la cual se creó la Defensoría del Pueblo en la República de Panamá.

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucionales algunas partes de la Ley. Finalmente en el Acto Legislativo No.

¹ *Ibidem*

² *Ibidem*

³ *Ibidem*

1 de 26 de octubre de 2004, en el que se aprobaron 67 reformas a la Constitución Política de Panamá, se incorporó la figura del Defensor del Pueblo en el Capítulo 9º, Título III de la Constitución Política, bajo el nombre de “Defensoría del Pueblo”. En la Gaceta Oficial No. 25,176, del 15 de noviembre de 2004, fueron publicados los textos definitivos. Cabe señalar que debido al cambio constitucional dejaron de ser inconstitucionales algunos de los puntos declarados por la Corte Suprema, como por ejemplo el Artículo 4, numeral 3; y el Artículo 23, pudiendo de esta forma la Defensoría del Pueblo “investigar sobre los actos, hechos u omisiones de los servidores públicos del Órgano Legislativo, del Órgano Judicial, del Ministerio Público y del Tribunal Electoral, ...en la medida en que sean de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.”

III. Perfil del Defensor del Pueblo:

A continuación presento algunas características que debería reunir un buen Defensor del Pueblo.

- **Reputación intachable:**
El Defensor del Pueblo debe ser ante todo una persona que viva los valores éticos y morales, y haya demostrado ser un verdadero defensor de los Derechos Humanos. La Constitución sueca señala que éste debe ser de “una integridad absoluta”. Cuando él emita un juicio, nadie deberá cuestionar o poner en duda su opinión por ningún motivo moral.
- **Apolítico:**
Es importante que no sólo no esté inscrito en un partido político, sino que a la luz pública no se le vincule con algún ente del legislativo, judicial o ejecutivo. Debemos recordar que al ser humano se le hace difícil el abandonar lo que ha sido en el pasado, y/o el no beneficiar a los grupos a los que haya pertenecido.
La Ley, sabiamente, en el artículo 47, para evitar que el nombramiento del Defensor del Pueblo coincida con los períodos efervescentes de la política, ha enmarcado el inicio de su período de trabajo (y por ende de finalización), un año y medio después de la toma de posesión del Presidente y de los Diputados.
- **Dinámico:**
La persona debe ser un trabajador incansable ya que cuando haga sus investigaciones, ya sea por alguna queja o actuando de oficio (viendo temas conflictivos o funcionarios que están fuera del margen de la ley), encontrará resistencia en todos los sentidos, y tendrá que ser muy persistente e inquisidor.
- **Otras Actividades:**

El Defensor del Pueblo debe estar dispuesto a renunciar a realizar cualquier tipo de actividad ajena a su labor, ya sea privada o pública, política, comercial o profesional, remunerada o no (la Ley señala esto en el artículo 13).

La Constitución Política en su artículo 130 pone los siguientes requisitos que debe tener una persona para poder llegar a ser Defensor del Pueblo:

1. Ser panameño por nacimiento.
2. Estar en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
3. Haber cumplido treinta y cinco años o más de edad.
4. No haber sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más.
5. Tener solvencia moral y prestigio reconocido.
6. No tener parentesco, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, con el Presidente de la República, con ningún otro miembro del Consejo de Gabinete, con Magistrados de la Corte Suprema de Justicia ni con Diputados de la República.

IV. Características de la gestión

Misión Central

Siempre se debe tener presente que la misión fundamental de la Defensoría del Pueblo es la de protectora, pero si la describimos en base a sus funciones principales podemos decir que ésta abarca: “(1) controlar de modo no jurisdiccional los actos de la administración pública, y (2) garantizar la protección de los derechos humanos y todos los demás derechos previstos en nuestra Constitución y los convenios internacionales”¹.

La Ley nos señala la misión plena que debe desarrollarse en el artículo 2, que transcribiremos por la importancia que tiene:

La Defensoría del Pueblo velará por la protección de los derechos establecidos en el Título III y demás derechos consagrados en la Constitución Política de la República de Panamá, así como los derechos previstos en los convenios internacionales de Derechos Humanos y la Ley, mediante el control de los hechos, actos u omisiones de los servidores públicos y de quienes presten servicios públi-

¹ Publicación de la Defensoría del Pueblo de Panamá. *La Defensoría del Pueblo de la República de Panamá*. 2005.

cos y actuará para que ellos se respeten, en los términos establecidos por la presente Ley.

Es importante señalar, conforme se dijo anteriormente, que en el caso de los servidores públicos del Órgano Legislativo, del Órgano Judicial, del Ministerio Público y del Tribunal Electoral, sólo serán investigados los actos, hechos u omisiones “en la medida en que sean de naturaleza administrativa y no jurisdiccional”. También se debe tener claro que la Defensoría del Pueblo “sólo actuará en el ámbito privado cuando se trate de concesionarios de servicios públicos.”

Otras funciones importantes que la Ley le confiere a la Defensoría del Pueblo señaladas en el artículo 4 son: mediar en los conflictos que se presenten entre la administración pública y los particulares; recomendar anteproyectos de ley en materia de su competencia; diseñar y adoptar políticas de promoción y divulgación de los Derechos Humanos; y establecer comunicación permanente con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales para la protección y defensa de los mismos.

Mecanismos para realizar su labor:

- Investigaciones e informes: La fuerza central en el ejercicio de la labor del Defensor del Pueblo está en la publicidad de sus informes e investigaciones, (resoluciones, sugerencias, advertencias, recordatorios y algunas veces mediante la crítica), ya que éstas pueden acarrear a los funcionarios públicos consecuencias morales y políticas. Para poder hacer valer este poder, el Defensor del Pueblo tiene como armas principales el presentar informes anuales y especiales al Parlamento sobre sus actuaciones (Artículo 4), y también el tener la potestad de informar a la opinión pública del contenido de sus investigaciones y resoluciones (Artículo 35).

Podrá actuar de oficio o a petición (Artículo 24 de la Ley 7 de 5 de febrero de 1997). En la primera forma, tomará él mismo la iniciativa de hacer las investigaciones, ejerciendo de “oficio sus funciones de control, tales como las anomalías, irregularidades o ilegalidades que se presenten en las diarias relaciones entre el Estado y sus administrados”¹. Y en la segunda, actuará a solicitud de una queja presentada por una parte interesada, después de comprobar que se trata de un “interés directo y personal”².

¹ COHEN-HENRÍQUEZ SASSO, Milton. *El Ombudsman o Tribuno del Pueblo*. Tesis de Licenciatura. Panamá, Panamá, 1991. Pág. 45

² *Ibidem*

Cabe recordar que las actuaciones del Defensor del Pueblo no “tienen poder coercitivo, coactivo ni jurisdiccional”, ya que en realidad él es “un juzgador de conciencia frente a la comunidad nacional e internacional.” A este respecto la Ley en su artículo 30 indica: “Cuando el titular de la Defensoría en el ejercicio de sus funciones tuviera conocimiento de hechos constitutivos de delito, deberá ponerlo en conocimiento del Procurador General de la Nación. La Defensoría del Pueblo respetará las competencias privativas de los organismos encargados de la administración de justicia.” También en el artículo 32 encontramos: “Las resoluciones de la Defensoría del Pueblo no anulan actos ni resoluciones de las administraciones públicas...”

Por consiguiente, el Defensor del Pueblo siempre debe buscar, hasta donde pueda, el actuar de manera amigable y de forma persuasivamente correctora.

- Delegado Parlamentario: Conforme se dijo anteriormente, el Defensor del Pueblo es un Delegado Parlamentario, reconocido como “alta autoridad del Estado” (Artículo 10 de la Ley No. 7 de 1997), que recibe su poder del Órgano Legislativo “para vigilar, supervisar e inspeccionar las actuaciones de los servidores públicos a fin de que no cometan actos violatorios de los Derechos Humanos de los habitantes del país”¹. Para poder cumplir esta misión, él está facultado para poder requerir informes y documentos de las oficinas de los funcionarios de quienes se recibieron las quejas. En el artículo 27 de la Ley indica que: “...no podrá negársele el acceso oportuno a ninguna dependencia pública, ni a ningún expediente o documento que se encuentre relacionado con la investigación.”

Para que este poder se cumpla a plenitud el Defensor del Pueblo en su informe anual debe presentar a la Asamblea Nacional el nombre de aquellos funcionarios que le dificultaron su labor.

Además la Ley, en el artículo 25, dice:
...Asimismo, ninguna actuación que realice la Defensoría del Pueblo podrá ser, en ningún caso, intervenida o limitada por autoridad o persona, pública o privada.

Y en los casos en que se trate de entorpecer la investigación, la Ley señala claramente en el artículo 28:

¹ Web de la Defensoría del Pueblo. “Datos Generales”. Panamá, Panamá, 2005.
<http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/>

Cualquier autoridad o funcionario que obstaculice la investigación del Defensor o Defensora del Pueblo, mediante la negativa injustificada de enviar información, o mediante el envío desordenado, negligente o insuficiente de la información solicitada, o cuando dificultase el acceso a expediente o documento necesario para la investigación, incurrirá en responsabilidades administrativas y penales, según la gravedad del caso, lo que faculta al titular de la Defensoría del Pueblo a notificar a las autoridades competentes, a fin de que adopten las medidas oportunas de acuerdo con la Ley.

- Autonomía e Independencia: Para que la Institución cumpla plenamente con su deber, goza de autonomía e independencia total. Esto se ha manifestado en la Ley en tres niveles: no recibiendo instrucciones de persona alguna, ni de ningún Órgano del Estado; autonomía e independencia presupuestaria; y libertad total en su reglamentación y organización interna.

La Ley en su artículo 1 da potestad a la Defensoría del Pueblo para actuar con plena autonomía funcional, administrativa y financiera sin recibir instrucción de ninguna autoridad, órgano del Estado o persona”. De esta manera el Defensor del Pueblo puede cumplir su labor sin que ésta se vea desvirtuada por presiones políticas o de otro tipo.

Como se dijo anteriormente, la Ley le da la libertad total al Defensor del Pueblo en la organización y administración de la Defensoría. Ésta señala que cada Defensor del Pueblo tiene la potestad de crear el Reglamento de Organización y Funcionamiento, pero éste deberá ser presentado para su aprobación o rechazo al pleno de la Asamblea Nacional (Artículos 40 y 41 de la Ley No. 7 de 1997).

Esto da la potestad de considerar en la organización de su administración, de acuerdo a las necesidades que él considere imperantes, áreas críticas como la discriminación de la mujer, los derechos indígenas, la protección del ecosistema, y el sistema penitenciario.

Para respaldar más la independencia de sus actuaciones, la Constitución señala que el Defensor del Pueblo sólo podrá ser suspendido o removido por el voto de dos tercios de los miembros de la Asamblea Nacional, “en virtud de causas definidas previamente por la Ley” (Artículo 129 de la Constitución).

A la vez él debe gozar de cierta inviolabilidad, al menos por las opiniones vertidas en su cargo. El artículo 15 de la Ley No. 7 de 1997 manifiesta:

El Defensor o Defensora del Pueblo y sus Adjuntos, no podrán ser perseguidos ni detenidos por causas penales o policivas, sin previa autorización de la Asamblea Legislativa.

Esta última frase que aparece subrayada y en letra cursiva había sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema, ya que ella se consideraba como la única facultada para destituir y juzgar al Defensor del Pueblo. Pero, como los nuevos cambios constitucionales le otorgan el derecho de la suspensión y remoción del Defensor del Pueblo a la Asamblea Nacional, este artículo vuelve a tener plena vigencia.

La Ley buscando garantizar suficiente tiempo para que el Defensor del Pueblo pueda realizar las gestiones, planes y programas que tenga a bien, le otorga un período de trabajo de cinco años (Artículo 7). Conforme dijimos anteriormente, este período está desfasado de las elecciones presidencial y parlamentarias para asegurar una mayor independencia de la figura.

- Ausencia de Formalidad en su Procedimiento: La Defensoría del Pueblo es y debe ser una institución desburocratizada, que garantice la celeridad de sus actuaciones. La Ley señala en su artículo 24 que "...toda persona que presente una queja a la Defensoría deberá razonar su pretensión ante ésta, con total ausencia de solemnidades y formalismos". Y en el artículo 27, para apoyar la celeridad de la investigación se indica:

Cuando la Defensoría del Pueblo admita una queja o decida una actuación de oficio, promoverá la oportuna investigación para su esclarecimiento solicitando a los servidores públicos, cuantos informes considere convenientes, y éstos deberán contestar la solicitud de informe de la Defensoría, en un plazo máximo de quince días hábiles. Este plazo sólo podrá ser ampliado hasta un máximo de dos prórrogas de hasta quince días hábiles cada una, cuando, a juicio del titular de la Defensoría del Pueblo, las circunstancias y la complejidad del caso lo aconsejen. El Defensor o Defensora del Pueblo podrá indicar un plazo menor para la presentación de informes, cuando la urgencia de la situación así lo exija.

También es obligación del Defensor del Pueblo que esta institución logre y mantenga, tanto de forma como de fondo, “una separación o divorcio total con los términos, prácticas, instancias y demás formalismos que caracterizan la tradicional administración de Justicia”¹. No debe ser una institución impersonal; por lo tanto, no se deben usar términos como “las partes”, sino “los interesados”, ni “demandas”, sino “quejas”. “La gratuidad del trámite, la investigación a solicitud de un interesado o de oficio, la rapidez del procedimiento, la ausencia de apoderados o requisitos formales para presentar una queja, etc., son todas características de un sistema que busca acercarse a los seres humanos y a sus problemas perentorios”².

“Por su agilidad y falta de formalismos la oficina del Ombudsman ha producido grandes beneficios sociales en los países donde ha sido instaurada...”³

- Denunciantes e informantes: En el artículo 20 de la Ley se señala:

Podrá recurrir a la Defensoría del Pueblo, cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera. No será impedimento la minoría de edad, la incapacidad ni el internamiento en centros penitenciarios o psiquiátricos, ni situación de dependencia o sujeción a la administración pública o a los órganos del Estado. No podrán recurrir a la Defensoría los titulares responsables de los organismos de Estado por asuntos de su competencia.

Es importante indicar que la Defensoría del Pueblo protegerá la identidad del denunciante si éste así lo requiere; y que además, el artículo 21 señala que “Las actuaciones ante la Defensoría del Pueblo de quienes presenten quejas, no podrán ser utilizadas en su contra ni judicial ni extrajudicialmente.”

- La Queja: Después de ser presentada la queja ésta será estudiada para ver si es admitida. Si lo es, de inmediato el caso se le asigna a un oficial de derechos humanos para que éste le de seguimiento hasta su culminación, y a la vez, mantenga informada de los trámites a la persona que recurrió a la Defensoría (Artículo

¹ Exposición de motivos de la Ley No. 7 de 5 de febrero de 1997.

² *Ibidem*

³ COHEN-HENRÍQUEZ SASSO, Milton. *El Ombudsman o Tribuno del Pueblo*. Tesis de Licenciatura. Panamá, Panamá, 1991. Pág. viii

34). Si no es admitida, la persona deberá ser orientada sobre su problema y las posibles soluciones que puedan existir.

Al respecto de las quejas la Ley indica en el artículo 26:

La Defensoría del Pueblo podrá recibir todas las quejas, orales o escritas, transmitidas por cualquier medio, provengan de fuentes anónimas o identificadas, aún en los casos en que hayan sido presentadas ante otras autoridades administrativas o judiciales, que estén resolviendo sobre su admisión o inadmisión y en su caso investigándolas.

En caso de admisión se informará al quejoso. En caso de no admisión se le informará de los motivos en que se fundamenta la resolución, orientándole e indicándole otras vías, procedimientos o actuaciones que pudieran resultarle útiles.

El Defensor o Defensora del Pueblo rechazará toda queja en la que pueda advertir mala fe, carencia de fundamentos, inexistencia de pretensión o fundamento fútil o trivial.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 22 de la Ley señala que “Todas las actuaciones ante la Defensoría del Pueblo serán gratuitas.”

V. La Defensoría del Pueblo en acción:

Actualmente se tienen oficinas en la ciudad capital, Colón, Chiriquí, Los Santos y Veraguas.

En los últimos tiempos se han atendido 359 situaciones en promedio por mes. Para el mes de abril del presente año se tenían activos 3 mil 606 casos por presuntas violaciones a los derechos humanos.

Entre las principales gestiones que se están haciendo, se encuentran: orientación ciudadana (ayudar a presentar las quejas y/o orientar para hacer la diligencia de las inquietudes); requerimientos de informes (al ser admitida la queja se solicitan informes a los servidores públicos); inspecciones/visitas; información al ciudadano (se le mantiene informado sobre su queja); y casos concluidos (expedición de resoluciones y de ser necesario, recordatorio de deberes a los servidores públicos). Otras ges-

tiones importantes que se pueden mencionar son los monitoreos e interlocución con el sistema penitenciario, y las consultas y mediaciones.

Entre las quejas más importantes podemos mencionar: “individuales y colectivas por desabastecimiento de medicamentos, violación al fuero maternal, niños y niñas sin identidad, destituciones y prestaciones laborales adeudadas, graves afectaciones al medio ambiente, excesos y abusos de autoridad, dilaciones indebidas, discriminación y deficiente prestación de servicios públicos privatizados”¹.

Se deben mencionar como muy importantes los programas:

- “Supervisión de los derechos humanos de los privados de libertad”: hasta el mes de abril había tenido 663 visitas-inspecciones en las cárceles a nivel nacional.
- “Solución pacífica de conflictos”: creado para mediar en los conflictos entre los ciudadanos y el Estado por solicitud expresa de las partes. Algunos ejemplos de esta mediación son: Huelga de privados de libertad en la Cárcel La Joyita. 18 de junio de 2001; Huelga de educadores de Darién. 20 de junio de 2001; y Cierre de calles en Colón. Junio de 2001.

La Defensoría del Pueblo también mantiene publicaciones, siendo la más importante el Boletín Informativo. Como aparecen semestralmente, el último fue el N°10 de Enero-Junio 2005. También publican numerosos trípticos con temas como: *Prevenamos el VIH-SIDA; Elecciones Imparciales y Transparentes; El Derecho a Voto de las Personas Discapacitadas; Con tu voto... Tú decides!!; Ejerce tus Derechos; Policía y Derechos Humanos; etc.*

A la vez mantiene una página Web en la dirección: <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/> En ésta uno puede: tener acceso a los comunicados, boletines semestrales, informes anuales, a las actividades que se han desarrollado, publicaciones en general, informes al día de información que refleja la transparencia en ciertas actuaciones de una gran cantidad de instituciones estatales, declaración de bienes de muchas de las principales autoridades gubernamentales, la metodología requerida para presentar una queja, direcciones e información básica para contactar las oficinas, e información en general. También en esta página se pueden suscribir al Boletín Informativo y tener acceso a la información más relevante para poder contactar a Instituciones Internacionales de Derechos Humanos de diversos países.

¹ Boletín Informativo de la Defensoría del Pueblo. Décima Edición. 2005.

VI. Conclusión

Se hace evidente de todo lo anteriormente señalado, que la Defensoría del Pueblo busca defender frente al Estado los intereses que afectan a todos. Esto lo hace controlando de modo no jurisdiccional los actos de la administración pública y garantizar la protección de los derechos humanos.

Panamá, como en el resto de América Latina que ha institucionalizado la figura del Defensor del Pueblo, se basó al crear la Defensoría del Pueblo en la aspiración de establecer una nueva forma de expresar y reclamar los derechos democráticos como un procedimiento que permita garantizar el desarrollo armónico de la comunidad y promover el desarrollo integral basado en el respeto a los derechos individuales, sociales y colectivos.

Es muy cierto que la única persona que puede cumplir con esta función tan laboriosa debe contar con los requisitos de ser una persona íntegra, de alta moral y no estar afiliado a partido político alguno. Esto es porque para ocuparse de quejas específicas del público contra las injusticias y errores de la Administración Pública, el Defensor del Pueblo debe en todo instante defender los derechos de los ciudadanos sin importar el percance que el Estado tenga por dicha queja.

En Panamá la figura del Defensor del Pueblo se creó un poco tarde, pero como se dice “mejor tarde que nunca”. Muchas personas se han beneficiado de esta entidad al poder hacer valer y garantizar sus derechos a través de ella, pero es importante conocerla para que así la misma pueda ser aprovechada.

BIBLIOGRAFIA

Constitución Política de la República de Panamá de 1972. Acto Legislativo N°1 de 27 de julio de 2004. (G.O. 25,176 del 15 de noviembre de 2004).

Ley 7 de 5 de febrero de 1997 (G.O. 23,221 de 6 de febrero de 1997)

Obras

COHEN-HENRÍQUEZ SASSO, Milton. *El Ombudsman o Tribuno del Pueblo*. Tesis de Licenciatura. Panamá, Panamá, USMA, 1991.

GÓLCHER, Ileana. *La Defensoría del Pueblo: Un Ejemplo de Democracia Participativa*. Panamá, Panamá, UNESCO, 1996.

KAM RÍOS, Jorge. *El Defensor del Pueblo / Ombudsman*. Panamá, Panamá, USMA, 1996.

Página Web de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, 2005. <http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/>

PEREIRA, Graciano. "El tribuno de la plebe (tribunus plebis), ¿Antecedentes histórico del Ombudsman o Defensor del Pueblo?" *IUSTITIA* N°11, 1995

—

**La Jurisdicción Universal y el Sistema
Interamericano de Protección
de los Derechos Humanos.
Una Aproximación a la doctrina de la
Comisión Interamericana de Derechos
Humanos y a la jurisprudencia
de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos.**

VÍCTOR ATENCIO G.

El presente documento tiene origen en una serie de reflexiones a las que nos hemos abocado desde 1998, cuando el mundo se encontraba mirando con curiosidad, consternación, y hasta con cierta extrañeza las acciones adelantadas por el Juez Baltasar Garzón, en contra del General Augusto Pinochet Ugarte, cuando este último fuere detenido producto de los resultados que arrojaba el expediente que manejaba la Audiencia Nacional de Madrid, en atención a las graves violaciones a los derechos humanos cometidas en perjuicio del pueblo chileno, durante los años de la dictadura militar regentada por el precitado dictador, y en el marco de una operación conocida como la Operación Cóndor.

Ya en su momento apreciábamos con el ceño fruncido como respetables países miembros de la comunidad internacional, estadistas, expertos en Relaciones Internacionales y en Derecho Internacional aludían a una supuesta *ligereza* en la interpretación de los alcances del principio de jurisdicción universal invocado por el Juez español, o abiertamente señalaban la existencia de una distorsión, obviamente contraria al Derecho Internacional en el uso que del principio dispensaba el funcionario jurisdiccional ibérico¹.

La extrañeza que suscitaba a los actores antes citados, despertó nuestro recelo, y nos motivó a investigar que de cierto había en las posturas citadas en el párrafo precedente.

Por ello quisimos profundizar en un área de estudio que nos pareció poco o nada abordada por la doctrina especializada. Nos referimos a las posturas asumidas por los organismos que conforman el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (particularmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), frente al principio de jurisdicción universal. En lo que respecta a la Comisión Interamericana (en adelante CIDH o la Comisión) analizamos lo que tuviere que ver con

¹ En tal sentido puede consultarse las argumentaciones esgrimidas por Henry A. Kissinger, externadas en el artículo “Las Trampas de la Jurisdicción Universal”, publicado en la edición Otoño-Invierno 2001 de *Foreign Affairs* en español, páginas 87 a 98. No obstante en la misma publicación Kenneth Roth, Director Ejecutivo de Human Rights Watch, desvirtúa contundentemente, todas las ponderaciones realizadas por Kissinger, a través de un artículo titulado “El debate de la jurisdicción universal”, visible de páginas 259 a 263.

las precisiones externadas, ya sea en el ámbito de las recomendaciones efectuadas a los Estados del Hemisferio Americano, o en el tratamiento dispensado a casos individuales, e inclusive recomendaciones externadas en comunicados de prensa.

Esta búsqueda pretende demostrar si para la CIDH existe o no, una doctrina uniforme sobre este tema, lo cual podría resultar especialmente importante para los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o el Pacto de San José), particularmente en aquellos en donde puedan encontrarse personas presuntamente responsables de la comisión de crímenes de derecho internacional, tomando en consideración que en atención a los que dispone el artículo 41 de dicho instrumento internacional, esas posiciones emanan de uno de los Órganos del Sistema Interamericano con facultades para promover la observancia de las obligaciones internacionales contenidas en el Pacto.

Todas las posturas analizadas serán fundamentales a la hora de sustentar nuestra tesis (que ahora adelantamos) de que la no aplicación del principio de jurisdicción universal, por parte de países en donde se encuentren las personas que reúnan las calidades descritas en el párrafo precedente; significa una violación a los derechos humanos de los familiares de las víctimas¹, al menos en el ámbito del Hemisferio Americano.

Entrando en materia, el **22 de septiembre de 1987**, en el Informe Anual de 1986-1987 de la CIDH, dentro del contexto de una proposición efectuada a los países del hemisferio para adoptar una Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la CIDH argumentaba no solo que la desaparición forzada era un crimen de *lesa humanidad*, que implicaba una violación flagrante de derechos y libertades consagrados internacionalmente, sino que además:

“que la importancia de calificar a la desaparición forzada como crimen de lesa humanidad radica en los efectos que tal calificación produciría, particularmente respecto a la imprescriptibilidad del crimen y la jurisdicción universal para su persecución y castigo”.

Vemos que la CIDH habla expresamente de la existencia de delitos que por su naturaleza no deben prescribir, y en los que *evidentemente* los Estados del Hemisferio tienen la obligación de establecer su jurisdicción, para perseguir, investigar y sancionar a los responsables², inde-

¹ Concretamente del Derecho a la Verdad, y el Derecho a la Justicia.

² Lo cual es cónsono con la obligación que según la CIDH tienen los Estados Partes de la CADH de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido den-

pendientemente del país en donde se cometan, y de la nacionalidad del infractor, ya que efectivamente en eso consiste la jurisdicción universal.

Esta posición es reiterada el **16 de septiembre de 1988**, en el Capítulo V del Informe Anual de 1987-1988, particularmente en la parte relativa a **“Campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”**, en el cual se abordaba el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y en donde la Comisión al hablar de la posible calificación de las desapariciones como crimen de *lesa humanidad*, dentro del proyecto de Convención, establece que uno de los efectos jurídicos que tiene esa calificación de una conducta como crimen de lesa humanidad, es que contra la misma se le impone a los Estados el deber

tro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”. Ver al respecto los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, párrafos 174 y 184 respectivamente. Es conveniente recordar también que la propia CrIDH ha dicho:

172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos humanos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

En este sentido analizar los casos Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 172, Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C No. 5, párrs. 181-182 y Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, Serie C No. 22, párr. 56. De estas precisiones se puede colegir que si bien al Estado donde se encuentre una persona presuntamente responsable de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos en otro país, no se le puede encontrar responsable por las violaciones a los derechos humanos cometidos en el Estado de procedencia de ese individuo; si puede ser hallado responsable (o co-responsable) internacionalmente por no someterle a los rigores de un proceso penal, para lo cual se vería obligado a invocar la jurisdicción universal, y todo ello con el único propósito de evitar la impunidad. Estos extremos serán abordados posteriormente.

jurídico de aplicar el principio de la jurisdicción universal para juzgar y sancionar el delito¹.

Más adelante en el tiempo nos encontramos con el Informe No. 34/96 de **15 de octubre de 1996**, relativo a los casos 11.228, 11.229, 11.231 y 11.282.

Dicho Informe versaba sobre la compatibilidad de la aplicación de ciertas normas de amnistía que entraron en vigor en Chile, y que garantizaron el perdón (impunidad) para ciertas personas responsables de la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, cometidas en perjuicio de ciudadanos chilenos, durante los años de la dictadura militar liderada por Pinochet.

En efecto este documento (el cual es producido cuando ya ha entrado en vigor la Convención Interamericana contra la Tortura, y la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas), la CIDH relata como durante los años de dictadura militar chilena se “llevo a cabo una política sistemática de represión que resultó en miles de víctimas de “desapariciones”, ejecuciones sumarias o extrajudiciales y torturas”², haciendo la salvedad de que algunos:

“de estos delitos se consideran de tal gravedad que han justificado la adopción, en varios instrumentos internacionales, de medidas específicas para evitar su impunidad, incluyendo la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad de los delitos”³.(Resaltado nuestro)

¹ Al respecto de los efectos jurídicos de la calificación de crimen de lesa humanidad la CIDH, en el contexto de elaboración del proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada dijo:

Los artículos siguientes –5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12-regulan **los efectos jurídicos que tiene esa calificación de crimen de lesa humanidad al prescribirse en ellos el principio de la jurisdicción universal para juzgar y sancionar el delito; la obligación de extraditar a los responsables de haber cometido el crimen de desaparición forzada; la imprescriptibilidad de la acción penal y de las penas; la improcedencia de amnistías, indultos u otros actos jurídicos de los que pueda resultar la impunidad; la no admisión del eximento de la obediencia debida a órdenes superiores; el carácter de crímenes comunes a los efectos de la jurisdicción para el juzgamiento de los delitos, de su extradición y de no otorgamiento del asilo político.** (El resaltado es nuestro)

Ver Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1987-1988, OEA/Ser.L/V/II.74, Doc. 10, rev. 1, 16 de septiembre de 1988, Capítulo V, Título II.

² CIDH. Informe No. 34/96 de 15 de octubre de 1996, párrafo 46.

³ Informe 34/96 de 15 de octubre de 1996, párrafo 47.

La anterior referencia es clara al afirmar que la aplicación de la jurisdicción universal, es obligatoria, y en determinadas circunstancias, es el único mecanismo a aplicar con el objeto de evitar la impunidad de Graves Crímenes contra el Derecho Internacional.

Este criterio es reiterado en otros documentos relativos a casos individuales:

- Informe No. 36/96, caso 10.843, de 15 de octubre de 1996, Chile, párrafo 47.
- Informe No. 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, 7 de abril de 1998, Chile, párrafo 39.
- Informe No. 1/99, Caso 10.480, Lucio Parada Cea, Héctor Joaquín Miranda Marroquín, fausto García Funes, Andrés Hernández Carpio, José Catalina Meléndez y Carlos Antonio Romero, de 27 de enero de 1999, contra la República del Salvador, párrafo 112.

Posteriormente, esta Alta Instancia Internacional emite el **16 de abril de 1999**, su Informe Anual de 1998¹, y en el punto 21 del Capítulo VII de dicho documento revela la existencia de una evolución normativa en el Derecho Internacional que:

“ha permitido se consolide aún más la jurisdicción universal, en virtud de la cual cualquier Estado tiene autoridad para perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de dichos crímenes internacionales, aún aquellos cometidos fuera de su jurisdicción territorial o que no guarden relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, puesto que tales crímenes afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial”. (Resaltado nuestro)

Y en consecuencia en el ejercicio de las facultades previstas en el artículo 41 (b) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el artículo 18(b) de su Estatuto y en el artículo 63(f) de su Reglamento, decide la CIDH:

“Recomendar a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que adopten las medidas legislativas y de otra naturaleza que sean necesarias para invocar y ejercer la jurisdicción universal frente a los individuos en materia de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra”. (El resaltado es nuestro)

¹ CIDH, Informe Anual de 1998, OEA/Ser.L/V/II.102, Doc.6 rev.,.

Luego es evidente la reiteración del llamado de la CIDH, externada a los Estados Partes de la CADH, a objeto de que en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, ejerzan la jurisdicción universal, en aquellas circunstancias que sea menester, concretamente en el caso de individuos presuntamente vinculados con la comisión de los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

El 19 de noviembre de 1999, la CIDH aborda en el Informe No. 113/99, Caso 11.725, Carmelo Soria Espinoza, emitido en contra del Estado chileno; las siguientes consideraciones, que enriquecen con una nueva arista, la reiterada posición de la Comisión, en el tema de la jurisdicción universal, como principio de obligatoria aplicación, frente a la perpetración de Graves Crímenes contra el Derecho Internacional:

54. Cabe recordar que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos ha declarado que “la práctica de desapariciones forzadas es...una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad¹. En su decisión de 1988 en el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana observó que la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad². La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de personas reafirma en su preámbulo que “la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad”³. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. **Las desapariciones forzadas y los crímenes conexos, tales como las torturas y ejecuciones sumarias, son de tal gravedad que varios instrumentos internacionales han establecido estándares especiales, tales como la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad, para su juzgamiento con el fin de evitar la impunidad**⁴.

¹ Res. AG/RES. 666 (XIII-0/83). Hacemos la salvedad de que los pie de página que van desde el número 5 al 9 corresponde a las citas realizadas por la CIDH en el párrafo 53 del Informe *in comento*.

² CrIDH Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 153.

³ Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria de la As. GrI. De 9 de junio de 1994. OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.

⁴ Tanto la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas establecen jurisdicción

El elemento nuevo que viene a enriquecer la postura de la CIDH frente a la obligación jurídica de aplicar el principio de jurisdicción universal por parte de los Estados Parte de la CADH, es el que establece que su utilización responde a una necesidad de esclarecimiento de los hechos (derecho a la verdad) y a un deber de combatir la impunidad¹.

Esta interpretación posteriormente se consolida, para inclusive, ser llevada más lejos en sus alcances jurídicos, toda vez que en este orden de ideas, se puede argumentar que la no aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de un Estado en el cual se encuentre un individuo responsable de cometer graves violaciones a los derechos humanos, implica una vulneración de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, toda vez que la CIDH en su Informe No. 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros, de **22 de diciembre de 1999**² (que versa sobre la comisión de ejecuciones extrajudiciales y otros actos considerados como Crímenes contra el derecho Internacional); estima que el artículo 8 numeral 1 de la CADH comprende el derecho de los familiares de las víctimas de violaciones de derechos humanos a que se realice **“investigación efectiva, el procesamiento de los responsables de los ilícitos, la imposición de las sanciones pertinentes y la indemnización de los daños y perjuicios que hubieren sufrido los familiares”**³. (Resaltados nuestros)

En lo que respecta al artículo 25 de la CADH, dice la CIDH que los familiares de estas víctimas tienen derecho a que el Estado le suministre un recurso judicial sencillo, rápido y efectivo que le ampare contra actos que violan sus derechos.

universal para los delitos en cuestión (artículo 11 y artículos V y VI respectivamente). La Convención sobre Desaparición Forzada también establece en su artículo VII la no aplicación de prescripciones o, si ello es imposible, la aplicación de limitaciones correspondientes a delitos más graves.

¹ Ya el análisis del derecho a la verdad, como auténtico derecho autónomo que emana de las disposiciones de la CADH, es de suyo muy amplio y complejo, por lo que merece un tratamiento exhaustivo y singular, que hemos realizado en otra parte. No obstante acá queremos resaltar que para la Comisión es claro que en algunas circunstancias, sólo se puede satisfacer el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, cuando se realiza una investigación penal que puede concluir o no en juzgamientos que determinen las responsabilidades penales correspondientes, siempre y cuando dicha investigación empiece, cosa que en determinados casos sólo puede darse cuando el Estado obligado ejerce la jurisdicción universal.

² Los párrafos relevantes en esta línea de argumentación son los que van del 189 al 196.

³ En esto se siguen los desarrollos que la CrIDH estableció en el Caso Blake, Sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C No. 36, párrafo 97.

Por lo que respecta a la efectividad de dichos recursos, en el contexto de una investigación penal, dice la Comisión que para que la misma sea efectiva se requiere como:

“condición fundamental que sea emprendida de buena fe, de manera diligente, exhaustiva e imparcial, y que este orientada a explorar todas las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción. Como se ha analizado en el punto anterior, en el caso bajo examen el Estado no adoptó las medidas necesarias para entablar procesos contra todos los implicados ni actuó con la idoneidad y la buena fe requeridas para juzgar debidamente a los acusados. En consecuencia, la CIDH concluye que El Salvador ha violado el derecho a las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 (1) de la Convención Americana y a la protección judicial consagrada en el artículo 25 de la misma”¹. (Resaltado nuestro)

Luego queda claramente demostrado que la falta de diligencia en el inicio de investigaciones penales sobre actos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, que acarree en la praxis la ausencia de sanción en contra de los responsables implica una violación a los derechos humanos de los familiares de las víctimas. Si se enlaza este tópico con el deber de los Estados Partes de la CADH de establecer su jurisdicción sobre casos que impliquen graves violaciones a los derechos humanos, dentro de un contexto que posibilite (o demande) el ejercicio de la jurisdicción universal, ante la presencia de un presunto responsable dentro de su territorio, vemos como se configuraría claramente una violación de las obligaciones que emanan de la CADH.

Reiteramos, que en algunos casos, lo anterior no debe dejar de considerarse en adición a las reflexiones sobre el derecho a la verdad que de acuerdo a la CIDH, es una consecuencia de las obligaciones que emanan de los artículos 1.1, 8.1, 13 y 25 del Pacto de San José².

Más adelante, en el Capítulo I del Informe Anual de 1999 (con fecha **13 de abril del 2000**) la CIDH manifiesta:

¹ CIDH, Informe No. 136/99 caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros, de 22 de diciembre de 1999, párrafo 196.

² CIDH, Informe 136/99, Caso 10.488, Ignacio Ellacuría y otros, 22 de diciembre de 1999, párrafos 221 a 232. Cabe agregar algunas consideraciones adicionales. Se hace esta referencia al derecho a la verdad entendiendo, que la investigación penal, vendría a satisfacer el derecho a saber de las personas, ahí donde (en el caso de la aplicación de la jurisdicción universal) el país donde ocurren los hechos no haya establecido Comisiones de la Verdad, o no haya adelantado los correspondientes juicios penales.

“6. En los países que se encuentran en situaciones de emergencia o en los que aún existen luchas internas, se verifican graves violaciones al derecho internacional además de serios problemas humanitarios tales como los padecidos por los refugiados y desplazados internos que se ven obligados a abandonar su lugar de residencia con el fin de evitar situaciones de extrema violencia. En este último caso, existe la urgente necesidad de dar pleno cumplimiento al derecho internacional de los derechos humanos y observar las normas básicas del derecho internacional humanitario con el fin de evitar cualquier acto que pueda dificultar el regreso a la paz y la reconciliación nacional. **La Comisión considera que la consagración definitiva del principio de responsabilidad penal individual en el orden internacional y su complemento, el principio de jurisdicción universal, contribuirán a la consolidación del imperio del derecho y de las libertades fundamentales de la persona humana**”. (El resaltado es nuestro)

Posteriormente, y de manera sucinta la CIDH reitera los criterios del Caso Ellacuría, cuando en el Informe No. 37/00, Caso 11.481, Monseñor Oscar Arnulfo Romero y Galdamez, de **13 de abril del 2000**, seguido en contra de la República de El Salvador, externa:

“80. Una finalidad elemental del todo proceso criminal es la de esclarecer la verdad del hecho investigado. La investigación judicial debe ser emprendida de buena fe, de manera diligente, exhaustiva e imparcial, y debe estar orientada a explorar todas las líneas investigativas posibles que permitan la identificación de los autores del delito, para su posterior juzgamiento y sanción”.

En lo medular dicho Informe reitera los contenidos del Caso Ellacuría. Luego es una consolidación de la doctrina de la Comisión en ese sentido¹.

Posteriormente, el **22 de octubre de 2002** en el Capítulo I del Informe Anual de ese año, la Comisión realiza unas recomendaciones generales, válidas dentro del contexto del escenario actual de “Guerra con-

¹ Solo nos resta recordar que el presente trabajo no pretende agotar el estudio de todas las resoluciones expedidas por la CIDH, ni de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana. Pero si se ha querido abordar criterios que parecen comunes al análisis de casos que versan sobre hechos que son Graves Crímenes contra el Derecho Internacional, léase en ello ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, torturas, genocidios etc. No obstante a mayor abundamiento puede ser interesante consultar los resultados del Informe No. 101/01, caso 10.247 y otros, Ejecuciones Extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, Perú, 11 de octubre del 2001, párrafos 235 a 242.

tra el Terrorismo”, siendo medular la siguiente para los efectos del tema *in examine*:

“XV. La Comisión llama a los Estados miembros que no lo hayan hecho a ratificar el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado por la Conferencia Diplomática de Roma el 17 de julio de 1998 y **adoptar las medidas legislativas y de otro carácter necesarias para invocar y ejercer la jurisdicción universal frente a la responsabilidad individual por la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra**”. (El resaltado es nuestro).

Luego el deber jurídico de los Estados de invocar la aplicación del principio de justicia universal sigue vigente en el contexto actual, y debe ser aplicado inclusive para casos acaecidos en el pasado, toda vez que la doctrina constante de la CIDH señala que los crímenes contra el Derechos Internacional son imprescriptibles.

Un importante precedente en esta materia de aplicación de la jurisdicción universal por parte de los Estados del Hemisferio, lo constituye la Resolución 1/03, sobre el Juzgamiento de Crímenes Internacionales (fecha el **24 de octubre del 2003**).

En dicha Resolución la Comisión empieza afirmando que:

“estima necesario recordar que los crímenes contra el derecho internacional como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra constituyen una gravísima ofensa a la dignidad humana y una negación flagrante de los principios fundamentales consagrados en las Cartas de la Organización de los Estados Americanos y de las Naciones Unidas, por lo que la comisión de éstos no debe quedar impune”.

Más adelante la CIDH reconoce “como uno de los más importantes avances del derecho internacional contemporáneo el establecimiento y consolidación de la responsabilidad penal internacional del individuo, que aunado a los principios de **jurisdicción** internacional y **universal**, así como al establecimiento de múltiples reglas y tipos de jurisdicción de los Estados para el juzgamiento de esta clase de crímenes, **contribuyen de manera notable al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos y, lo que es más significativo aún, a la consolidación del imperio del derecho y de las libertades fundamentales de la persona humana en la comunidad mundial**”. (Resaltado nuestro)

Por ello el organismo internacional estima que de “conformidad con los tratados de derechos humanos, los Estados deben respetar y garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos humanos. Por tal motivo, están obligados a investigar y sancionar toda violación a estos derechos, en especial si tales violaciones constituyen además crímenes contra el derecho internacional. La CIDH nota que a fin de combatir la impunidad de estos crímenes, el derecho internacional, tanto convencional como consuetudinario, establece que los Estados pueden hacer uso de diferentes reglas y tipos de jurisdicción para su juzgamiento”.

Por otra faz considera la CIDH que “la evolución normativa internacional, al igual que importantes desarrollos jurisprudenciales en diversos Estados, ha permitido consolidar una jurisdicción universal así como múltiples bases de jurisdicción a fin de juzgar graves crímenes contra el derecho internacional. **La jurisdicción universal faculta a los Estados para establecer su jurisdicción con el fin de perseguir, procesar y sancionar a quienes aparezcan como responsables de graves crímenes contra el derecho internacional**”. (Resaltados nuestros)

Luego dada “la gravedad de estos crímenes internacionales y la obligación de investigar, procesar, sancionar y reparar, los Estados deben cooperar a fin de evitar la impunidad de los perpetradores de estos crímenes”, por lo tanto decide exhortar a los Estados del Hemisferio a:

1. ... “a adoptar las medidas legislativas y de otra naturaleza que sean necesarias para sancionar crímenes internacionales tales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra”.
2. ... **“a combatir la impunidad de los crímenes internacionales a través de invocar y ejercer su jurisdicción sobre estos crímenes con base en los distintos tipos de jurisdicciones existentes”**.
3. “a cooperar en la labor fundamental de prevenir, sancionar, reparar y erradicar estos crímenes internacionales”.
4. “Señalar que cuando un Estado no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación, juzgamiento, y cuando corresponda, sanción de los responsables”. (Resaltados nuestros)

La más reciente posición de la Comisión en esta materia es externada el **13 de diciembre de 2004**¹, en su Informe sobre el Proceso de Desmovilización en Colombia.

En dicho documento la CIDH señala:

“B. El derecho a la justicia y al esclarecimiento judicial de crímenes de derecho internacional perpetrados durante el conflicto

34. Toda vez que la conducta de quienes participan en el conflicto armado se traduzca en crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra /o violaciones a los derechos humanos a través de la comisión *inter alia* de asesinatos, desapariciones forzadas, violaciones sexuales, traslados o desplazamientos forzosos, torturas, actos inhumanos destinados a causar intencionalmente la muerte o graves daños a la integridad física y mental, ataques contra la población civil o sus bienes, reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años, los Estados tienen –conforme al derecho internacional consuetudinario y los tratados-la obligación perentoria de investigar los hechos y juzgar y sancionar a los responsables. Se trata de crímenes de derecho internacional de carácter imprescriptible, no susceptibles de amnistía, **cuya falta de debido esclarecimiento puede genera la responsabilidad internacional del estado y habilitar la jurisdicción universal a fin de establecer la responsabilidad penal individual de los implicados.**
35. **Los Estados tienen la obligación de combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles ya que esta propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares.** En el sistema interamericano, esta obligación de los Estados se encuentra reflejada en los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana y en los artículos 1(1), 2, 8 y 25 de la Convención Americana. Conforme a estas normas y su interpretación autorizada, los Estados miembros de la OEA tienen el deber de organizar el aparato gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se ejerce el poder público de manera que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio

¹ Al momento de redactar este documento.

de los derechos humanos y de prevenir, investigar, juzgar y sancionar su vulneración. Esta obligación es independiente de que los autores de los crímenes sean agentes del poder público o particulares. **Toda vez que se trate de delitos de acción pública o perseguibles de oficio, el Estado es el titular de la acción punitiva y es responsable de promover e impulsar las distintas etapas procesales, en cumplimiento de su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas y sus familiares, con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa**". (Resaltados nuestros).

La CIDH es clara en sus pronunciamientos. Si un Estado del Hemisferio Americano llega a tener en su territorio a una persona presuntamente vinculada con la comisión en otra jurisdicción, de actos de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, tiene la obligación, al tratarse estos actos de delitos perseguibles de oficio en la mayoría de los ordenamientos jurídicos (y Panamá no es la excepción), de iniciar las investigaciones, siendo indispensable hacer mano de la jurisdicción universal para tales fines. Lo contrario sería propiciar la repetición crónica de estos delitos, garantizar impunidad, y consecuentemente vulnerar los derechos humanos de verdad y justicia (sin contar con su derecho a la reparación) de las víctimas y sus familiares. Esa omisión por parte de un Estado es susceptible de acarrearle responsabilidad internacional.

II. Algunas consideraciones frente a posibles aplicaciones de la doctrina de la CIH acerca de la jurisdicción universal, en el escenario panameño.

De la lectura de **dieciocho (18) años de precedentes** de la CIDH en esta materia, se observa la pacífica consolidación de una constante y reiterada doctrina acerca de la utilización, alcances y fines de la jurisdicción universal en el ámbito del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la cual es vinculante para todos los Estados partes de la CADH.

Ahora bien, cabría preguntarse si en nuestro medio existe algún caso que amerite la utilización de dicho principio. Parece que existieron y exis-

ten varios casos¹, pero uno resaltaría entre todos, en atención a los hechos presuntamente imputables a los presuntos responsables.

El **9 de diciembre del 2003**, el Diario La Prensa de Panamá, publicó un artículo denominado “Piden a Tejada denunciar a Cedras”, título que hace alusión a una solicitud externada por un denominado Grupo de Acción contra la Impunidad, ante el Defensor del Pueblo de la República de Panamá, con el objeto de que este presentase una denuncia penal ante la Procuraduría General de la Nación, en contra de los ciudadanos haitianos Raoul Cedras y Phillipe Biamby por la comisión de supuestos actos de Genocidio y Tortura en su país.

En el artículo periodístico se decía que el grupo solicitante argumentaba que precitados señores “ordenaron y dirigieron un plan sistemático de violaciones a los derechos humanos en su país. Dicho plan consistió—según un documento—en la muerte de entre 5 mil y 10 mil personas, desapariciones forzadas, secuestros y torturas, incluyendo violación de niñas, mujeres y ancianas, así como desplazamiento forzado al interior y exterior de unas 400 mil personas”.

Pese a que en su momento el Estado parece haberse avocado a una campaña mediática, que centro su atención en el tema del mantenimiento o no del asilo político concedido a los señores Cedras y Biamby²; nos resulta obvio que se hizo para *diluir* lo que parecía ser (a nuestro juicio

¹ Por ejemplo la posible utilización del principio en el caso de Vladimiro Montesinos, cuando estuvo en Panamá, situación que amerito una denuncia presentada por el Dr. Miguel Antonio Bernal, o los casos de líderes latinoamericanos presuntamente vinculados con actos de corrupción. Basta citar los numerales 3 y 4 del artículo V de la Convención Interamericana contra la Corrupción (que forma parte del derecho interno panameño) para constatar la veracidad de esta afirmación:

“Artículo V
Jurisdicción

1. ...
2. ...
3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.
4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional”.

² Ver el artículo “Mantendrán el asilo a R. Cedras”, publicado el 19 de diciembre del 2003, en el Diario La Prensa.

informado por lo que dicen los diarios) la solicitud principal de los quejosos, que era la presentación de una denuncia penal.

Al respecto los medios adujeron:

“El Grupo de Acción contra la Impunidad insistió en solicitarle al Defensor del Pueblo, Juan Antonio Tejada, que denuncie ante el Ministerio Público al ex dictador haitiano Raoul Cedras y su ex colaborador Phillipe Biamby, por supuestos actos de genocidio y tortura en su país.

En una nota que le remitieron el pasado 6 de enero, **la referida organización pidió a la Defensoría, por tercera vez, que denuncie a ambos militares haitianos ante el Ministerio Público por violaciones a la Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. En ambas normas, constituidas como leyes del país, se establece que el Estado en el cual se encuentre una persona que se supone ha cometido delitos de tortura y otras violaciones similares, si no se procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes. También recordó el referido grupo que, entre las funciones de la Defensoría está presentar denuncias ante el Ministerio Público.**

El Grupo Acción considera que Tejada ha interpretado mal sus dos primeras solicitudes, debido a que consideró que el propósito de ellas era promover la extradición de los militares haitianos. **El objetivo, explicó el grupo en su tercera solicitud, es que la Defensoría denuncie a Cedras y Biamby, para lo que aportaron información sobre los supuestos hechos cometidos por los militares, entre los que mencionan la muerte de entre 5 mil y 10 mil personas, desapariciones forzadas, secuestros y torturas”¹.** (Resaltados nuestros)

Sin entrar a comentar los alcances jurídicos de lo que nos parece podrían ser unas desafortunadas declaraciones del en su momento Titular de la Defensoría del Pueblo², si queremos aportar algunas precisiones

¹ Artículo “Insisten en el caso de Raoul Cedras”, publicado el 13 de enero del 2004, en el Diario La Prensa.

² Al respecto, el artículo de 13 de enero del 2004, señaló:

“Por su parte, Tejada respondió que él no puede precipitarse en poner denun-

en torno a lo que parece ser un infructuoso, pero interesante esfuerzo adelantado por el Grupo de Acción contra la Impunidad.

No ponderando de momento los cargos de Genocidio, que el referido grupo alega, nos resulta llamativo, y de ser cierto que se aportaron elementos de convicción que evidencian la posible comisión de delitos de desaparición forzada y tortura; que el Estado panameño no haya adelantado ninguna gestión tendiente a iniciar una investigación penal de oficio. ¿Por qué? Pues para empezar porque se trata de delitos perseguibles de oficio, es decir que no se requiere de querrela de parte agraviada para iniciar investigación. En segundo lugar porque ambos delitos activan, según lo establecido por la CIDH, la obligación estatal de hacer uso del principio de jurisdicción universal (que en Panamá esta contenido en el artículo 10 del Código Penal) ya que pueden ser considerados *crímenes de lesa humanidad*. En el caso de la tortura esta última afirmación no debe presentar problemas, sin embargo vale la pena extenderse en el caso de la desaparición forzada de personas.

La práctica de la desaparición forzada de personas, adquiere la calificación de *Crimen de Lesa Humanidad*, al menos en el ámbito hemisférico, a partir del **29 de julio de 1988**, fecha en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifestó:

“153. Si bien no existe ningún texto convencional en vigencia, aplicable a los Estados Partes en la Convención, que emplee esta calificación, la doctrina y la práctica internacionales han calificado muchas veces las desapariciones como un delito contra la humanidad (Anuario Interamericano de Derechos Humanos, 1985, págs. 369, 687 y 1103). La Asamblea de la OEA ha afirmado que "es una afrenta a la conciencia del Hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad" (AG/RES.666, supra). También la ha calificado como "un cruel e inhumano pro-

cias sin antes efectuar la respectiva evaluación.

En la Defensoría no podemos actuar motivados por buscar protagonismo y con el ánimo de que se nos tome una foto, agregó. Después de un análisis se tomará una decisión, dijo.

Tejada respondió al grupo que le hizo la solicitud que todos los ciudadanos pueden interponer denuncias ante el Ministerio Público, de manera que bien puede presentar dicha organización la queja ante las autoridades”.

No obstante conviene resaltar que tomando en consideración la fecha del artículo, ha pasado un año y cinco meses, sin que se sepa en los medios, de la presentación de denuncia penal alguna por parte de la Defensoría del Pueblo.

cedimiento con el propósito de evadir la ley, en detrimento de las normas que garantizan la protección contra la detención arbitraria y el derecho a la seguridad e integridad personal" (AG/RES. 742, *supra*)”¹.

Obsérvese que esta precisión es hecha en un contexto en donde todavía no existía la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas², luego la calificación de *Crimen de Lesa Humanidad* es realizada para esta conducta, sin necesidad de un instrumento internacional de carácter regional vinculante para los Estados Partes de la CADH, por tratarse de una interpretación autorizada de los contenidos convencionales, particularmente de los artículos 4 (vida), 5 (integridad), 7 (libertad) de este instrumento internacional³.

¹ CrIDH. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988.

² Documento que Panamá firmó el **5 de octubre de 1994**, depositando su ratificación el 28 de febrero de 1996, y que inserta en su legislación interna a través de la expedición de la Ley No. 32 de 28 de junio de 1995, publicada en la Gaceta Oficial No. 22,817 de 3 de julio de 1995. No obstante conviene señalar que con la sola firma del documento Panamá ya se encontraba obligada en función del principio de buena fe del cumplimiento de los tratados, a cumplir las obligaciones en él contenidas. Importante confrontar esto con la concesión de asilo facilitada a los ciudadanos haitianos el 13 de octubre de 1994, **es decir tan sólo 8 días después** de la firma de la Convención sobre Desaparición Interamericana sobre Forzada de Personas.

³ No obstante aquí ya es posible cuestionar adicionalmente la postura panameña en materia de asilo, ya que como bien se advirtió en el pie de página 4 de este documento, la calificación de un acto humano como crimen de lesa humanidad, acarrea consecuencias jurídicas, entre ellas la no posibilidad de otorgar asilo político a los presuntos responsables. Luego si los hoy asilados están presuntamente vinculados a la comisión de desapariciones forzadas, ¿ello no nos ubicaría en un escenario en donde se concedió ilegalmente la condición de asilado político?. Resulta una obviedad el dar respuesta a la pregunta, ante todo si recordamos lo externado por la CIDH, **el 20 de octubre del 2000**, en donde de manera tácita hizo referencia a la en su momento inminente solicitud de asilo que Vladimiro Lenin Montesinos pensaba plantearle a Panamá. En efecto la Comisión dijo al respecto:

“De acuerdo con las consideraciones anteriores, la Comisión Interamericana debe señalar que constituye una total desnaturalización de la institución del asilo el otorgar tal protección a personas que abandonen su país para eludir la determinación de su responsabilidad como autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales. La institución del asilo supone que la persona que pide protección es perseguida en su Estado de origen, y no que es apoyada por éste en su solicitud.

En tal virtud, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 41(b) de la Convención Americana, recomienda a los Estados miembros de la OEA que se abstengan de otorgar asilo a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales”.

Solo conviene agregar que los crímenes internacionales a que hacía referencia la CIDH eran entre otros “crímenes de lesa humanidad (concepto que incluye la desaparición for-

Luego, y pese a que en nuestro medio la desaparición forzada no esta tipificada como delito, la teoría de los bienes jurídicos tutelados permitiría subsumir la conducta en otro tipo penal, que permitiese su investigación y sanción¹.

Otro importante elemento a analizar es el que nos dice que efectivamente esta omisión efectuada por el estado panameño, compromete su responsabilidad internacional, ¿pero en qué forma?.

Pues nos aventuramos a decir que es un incumplimiento de sus obligaciones convencionales, que lo obligan a garantizar a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, del derecho humano de acceso a la justicia, garantizado en los artículos 1.1, 8 y 25 de la CADH. ¿Pero porqué sólo hablamos del derecho a la justicia como derecho vulnerado, y no del derecho a la verdad?. Bien hacemos esa precisión porque, en el caso de las víctimas de la dictadura haitiana, dicho Estado ha elaborado al menos tres (3) informes, expedidos por Comisiones de la Verdad. Luego, el derecho a la verdad de las víctimas se encuentra en alguna manera tutelado. Lo que hace falta es superar la impunidad, y la falta de reparación a las víctimas y a sus familiares, obligación en la cual el Estado panameño como miembro de la Comunidad Internacional debió ser solícito a la hora de garantizar a través de una ejemplar investigación y de ser necesaria, sanción, para garantizar así la no repetición de estos actos que atentan contra la conciencia de la humanidad.

Finalmente, es conveniente precisar que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ha consolidado, a través del desarrollo de las doctrinas y jurisprudencias de sus organismos, la

zada de personas, torturas y ejecuciones sumarias), crímenes de guerra y crímenes contra la paz”, y que la explicación de que es un presunto responsable la dio en los siguientes términos:

“Los Estados han aceptado, a través de diversas fuentes del derecho internacional, que existen limitaciones al asilo, conforme a las cuales dicha protección no puede ser concedida a **personas respecto de las cuales hayan serios indicios para considerar que han cometido crímenes internacionales**”. (Resaltado nuestro)

¹ Cosa que se ha hecho por ejemplo en el caso de Héctor Gallegos, en donde se hicieron cargos por homicidio. Así se mencionó previamente en González Sánchez, Salvador, Atencio Gómez, Víctor Antonio, Asilo e Impunidad; conferencia dictada por Atencio Gómez en el Primer Encuentro Interuniversitario de las Universidades Santo Tomás (Colombia) y la Universidad Católica Santa María la Antigua. Celebrado en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, Colombia en noviembre del 2001. Página 10.

vigencia del *principio de justicia universal*, entendiéndolo no como una facultad discrecional que los Estados pueden invocar, ahí donde exista la voluntad política por parte de los agentes estatales, de perseguir a los presuntos responsables de la comisión de Graves Crímenes contra el Derecho Internacional; sino que por el contrario ha colocado a la justicia universal como lo que es realmente, el derecho humano de todas las víctimas a tener acceso a una justicia, que les permita someter a sus victimarios a los rigores de un proceso penal, que irremediablemente habrá de imponerles, con la pérdida de su libertad, y a veces con la disminución de sus caudales monetarios, el peso de las consecuencias jurídicas derivadas de estos graves actos, que la ciencia del derecho denomina delitos¹.

Y esta es la única medida que nos permitirá a la larga, como ya dijimos evitar la repetición de estos reprochables actos, y que posibilitará que quizás, en algún futuro tal vez no lejano, todos los hombres sin excepción puedan vivir, juntos y en paz, en mundo libre del temor y la miseria.

¹ Conviene precisar que las interpretaciones externadas en este artículo fueron elaboradas a inicios del año 2005. No obstante las posturas por nosotros extraídas de la doctrina constante de la CIDH, ha encontrado eco favorable en otras instancias jurisdiccionales, en el ámbito interno de los Estados. Sirva a manera de ejemplo la sentencia que el **26 de septiembre del 2005** profiere el Tribunal Constitucional Español (en adelante TCE) que concede el Amparo solicitado por doña Rigoberta Menchú Tumm y otros, en contra del Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2003, que ordenaban y confirman el archivo de las actuaciones adelantadas por la justicia penal española, bajo supuestos criterios de incompetencia para juzgar delitos internacionales (genocidio, torturas, terrorismo, asesinato y detención ilegal) cometidos en Guatemala en la década de los ochentas. En dicha sentencia el TCE ordeno retrotraer (para continuar investigaciones penales) “las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del Auto de la Audiencia Nacional a fin de que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”, lo cual implicaba la adecuada aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de la justicia penal española, toda vez que al no aplicarse el principio, y por ende ordenarse el archivo del expediente; se había producido una vulneración del “derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), de los recurrentes”.

**LA LABOR DE LA RELATORIA
DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS
DE LA OEA PARA LA LIBERTAD
DE EXPRESIÓN EN PANAMÁ**

ANDRÉS PIZARRO SOTOMAYOR

SUMARIO: 1. Actuaciones de la Relatoría que han tenido que ver con Panamá. 2. Temas principales que han interesado a la Relatoría: a) Censura previa; b) Las leyes de “desacato” o irrespeto a la autoridad; c) Las llamadas “Leyes Mordaza”; d) Derecho a acceso a la Información y Acción de *Habeas Data*; e) Calumnia e injuria.

Las *Relatorías*, en pocas palabras, son oficinas que la **Comisión Interamericana** crea para el estudio y trabajo sobre un tema específico¹. El fundamento legal de la existencia de las *Relatorías* lo podemos encontrar en los **artículos 40 y 41** de la **CADH** y **18** del **Estatuto** de la propia **Comisión Interamericana**. Dándole aplicación concreta a estas disposiciones, el **Reglamento de la Comisión Interamericana** establece:

Artículo 15. Relatorías y grupos de trabajo

1. *La Comisión podrá crear relatorías para el mejor cumplimiento de sus funciones. Los titulares serán designados por mayoría absoluta de votos de los miembros de la Comisión, y podrán ser miembros de dicho órgano u otras personas seleccionadas por ella, según las circunstancias. La Comi-*

¹ “Las relatoras temáticas realizan las tareas que les encomienda la Comisión; éstas generalmente resultan en informes especiales que se someten a consideración de la CIDH para su aprobación y posterior publicación. Aunado a ello, el/la relator/ra y los/las especialistas de la Secretaría que lo asisten en sus funciones pueden efectuar otras actividades relacionadas con los grupos de personas sobre los que recae su mandato. Así, pueden emprender la elaboración de informes especiales; la realización de visitas in loco para monitorear la situación de los derechos o temas a cargo de la relatoría; la promoción del derecho o tema específico a través de la organización de distintos eventos; la propuesta a la Comisión Interamericana para que ésta, a su vez, solicite a la Corte Interamericana opiniones consultivas sobre un tema específico; y la elaboración de proyectos de declaraciones o convenciones en el marco del sistema interamericano para ser presentada ante la Asamblea General de la OEA”. BICUDO H. y ÁLVAREZ I., *Notas respecto a la Relatoría de Derechos del Niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en Revista IIDH, N° 29, p. 163, citados por CEJIL Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La protección de la libertad de expresión y el Sistema Interamericano*, CEJIL, San José, Costa Rica, 2003, p. 61.

sión establecerá las características del mandato encomendado a cada relatoría. Los relatores presentarán periódicamente al plenario de la Comisión sus planes de trabajo.

2. (...)

La **CIDH** actualmente cuenta con las *Relatorías* siguientes:

- **Relatoría para la Libertad de Expresión**
- Relatoría sobre los Derechos de la Mujer
- Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias
- Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
- Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad
- Unidad de Defensores de los Derechos Humanos

De todas estas Relatorías la que mayor presencia o relación ha tenido con nuestro país es la **Relatoría para la Libertad de Expresión** (en adelante “la Relatoría”), que prácticamente desde que comenzó a operar le está dando seguimiento a la situación del derecho a la libertad de expresión en nuestro país. La creación de esta Relatoría fue acordada por la **Comisión Interamericana** en su 97º periodo de sesiones (octubre de 1997), posteriormente en su 98º periodo de sesiones (marzo de 1998) la **CIDH** definió las funciones y características de la recién creada Relatoría. Esta Relatoría es una oficina de carácter permanente, con independencia funcional y presupuesto propio, que opera dentro del marco jurídico de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos**. Entre las tareas que realiza este departamento está la de asesorar y apoyar a la propia **Comisión Interamericana** en el contexto de casos contenciosos, medidas cautelares, e informes que tengan relación con la libertad de expresión, además, sus miembros acompañan a la **CIDH** cuando ésta realiza sus visitas *in loco*. También realiza un monitoreo muy eficiente de la situación de la libertad de expresión en el Continente Americano, mantiene comunicación constante con redes de periodistas e intercambia información con las ONG, y otras agrupaciones; sigue muy de cerca los avances y cambios legislativos que en materia de libertad de expresión se dan en los Estados miembros de la OEA y les comunica sus observaciones y recomendaciones cuando considera que existen, o se están legislando, normas que atentan contra el ejercicio de la libertad de expresión. O bien, cuando se están dando prácticas que afectan al ejercicio de este derecho. En los casos que considera que existe una violación grave a la libertad de expresión, la Relatoría emite comunicados de prensa manifestando su preocupación a las autoridades y efectuando sus recomendaciones. Además, desarrolla una importante labor de educación, capaci-

tación y promoción de la libertad de expresión. Actualmente el Relator Especial para la Libertad de Expresión es el Sr. Ignacio Álvarez.

1. Actuaciones Oficiales de la Relatoría que han tenido que ver con Panamá

La Relatoría para la Libertad de Expresión desde que comenzó labores en 1998 viene dándole seguimiento con mucho interés a la situación de la libertad de expresión en nuestro país. De hecho, Panamá es uno de los Estados donde tradicionalmente esta oficina ha puesto mayor interés y empeño, y donde definitivamente se ha visto reflejado con mayor claridad su trabajo y los cambios que poco a poco ha ido logrando, al menos a nivel de nuestra legislación. Las actuaciones y pronunciamientos oficiales que la Relatoría ha tenido en nuestro país los podemos esquematizar así:

- Cuatro **visitas** del Relator Especial para la Libertad de Expresión:
 - 1º: Del **10 al 14 de julio de 2000**, a invitación del Gobierno y en atención a requerimientos de algunos sectores de la sociedad. Al final de la visita el Relator Dr. Santiago Cantón emitió el **Comunicado de Prensa N° 29/00** donde hace una especie de reporte donde evalúa algunos aspectos que pudo observar durante la visita, tomando en cuenta también otros elementos observados con anterioridad.
 - 2º: Del **6 al 8 de junio 2001**, el Relator visitó nuestro país como parte de la Delegación de la Comisión Interamericana que realizó la visita *in loco* de ese año, a la cual ya hemos hecho referencia anteriormente.
 - 3º: El **14 y 15 de abril de 2003**, esta visita fue efectuada por invitación de la Defensoría del Pueblo para participar en el Foro “Libertad de Expresión y Democracia”. El entonces Relator el Dr. Eduardo Bertoni pronunció el discurso de fondo sobre el tema de la incorporación de las normas y la jurisprudencia del Sistema Interamericano sobre protección de la libertad de expresión en la legislación nacional.
 - 4º: El **7 y 8 de julio de 2003**, el Relator regresó a nuestra ciudad para participar en el “Foro Regional sobre la Libertad de Prensa”, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). En estas dos últimas visitas, además del evidente objetivo académico, el Relator desarrolló las actividades que usualmente realiza de entrevistarse gobernantes, periodistas, recibir informes y emitir opiniones.
- La Relatoría se ha referido a situaciones, avances, y recomendaciones a la situación de la libertad de expresión en Panamá

en sus ocho **Informes Anuales**, correspondientes a los años: **1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005**. En todos ellos se ha referido a situaciones concretas, y ha mencionado tanto normas legales contrarias a la libertad de expresión, como a casos específicos de periodistas que alegan se les ha violado este derecho.

- Somos uno de los seis países del Continente¹ a los cuales la Relatoría les ha redactado un **Informe Especial de País (2003)**. Este Informe no es una sanción, ni nada similar, pero sí es indicativo de una preocupación e interés muy especial de la Relatoría por corregir o llamar la atención sobre algunos aspectos generales de la libertad de expresión en nuestro país. No se refiere tanto a casos particulares como los **Informes Anuales**, en este documento *“el análisis se efectúa desde la perspectiva de normas, leyes y prácticas que limitan el ejercicio pleno y desinhibido de la libertad de expresión, tomando en cuenta las disposiciones y jurisprudencia del sistema interamericano...”*². Al final de este informe se le hacen al Estado Panameño algunas recomendaciones muy puntuales sobre todo relativas a la adecuación de la normativa nacional a las exigencias actuales del respeto a la libertad de expresión.
- En cuatro **Comunicados de Prensa** el Relator Especial para Libertad de Expresión se ha referido a algún asunto de nuestro País, veamos:
 - **Comunicado de Prensa Nº 28/00**, del 5 de julio de 2000, *Relator Especial para la Libertad de Expresión Viaja a Panamá*: se anuncia la visita a Panamá del Relator programada para los días 10, 11, 12, 13 y 14 de ese mismo mes y año.
 - **Comunicado de Prensa Nº 29/00**, del 14 de julio de 2000, *Evaluación Preliminar sobre la Libertad de Expresión en Panamá*: aquí se hace un recuento de la visita que hasta ese día había llevado a cabo el Relator en nuestro país, se evalúa la situación de la libertad de expresión en diversos ámbitos, se reiteran algunas recomendaciones hechas en informes anteriores y hacen otras.
 - **Comunicado de Prensa Nº 57/01**, del 11 de mayo de 2002, *Grave Preocupación del Relator Especial para la Libertad de Expresión por Situación Procesal de Periodista Panameño*: el Relator en este comunicado manifestó su preocupación por la situación del abogado y periodista Mi-

¹ Los otros cinco son: Colombia, Guatemala, Haití, Paraguay y Venezuela.

² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá 2003. Capítulo I, párrafo 7.

guel Antonio Bernal quien estaba, en ese momento, siendo procesado por los delitos de calumnia e injuria como consecuencia de una querrela presentada por el entonces Director General de la Policía Nacional a quien responsabilizaba de la muerte de los cuatro reos decapitados de Coiba.

- **Comunicado de Prensa Nº 84/03**, del 8 de julio de 2003, *La Relatoría para la Libertad de Expresión dio a conocer informe sobre la situación de la libertad de expresión en Panamá*: en este comunicado se informa sobre la presentación que hizo el Relator de este Informe Especial, durante su visita a Panamá de julio de ese año.
- Además de las señaladas actuaciones, la Relatoría se ha mantenido en constante comunicación con periodistas, medios de comunicación y algunas organizaciones de promoción de derechos humanos en nuestro país. Un ejemplo de este tipo de comunicaciones es la carta que envió el actual Relator Ignacio Álvarez el 27 de junio de 2006 pronunciándose sobre la compatibilidad del actual proyecto de código penal con las normas y los criterios del Sistema Interamericano relativos a la Libertad de Expresión en lo que toca a los tipos penales de calumnia e injuria, y el seguimiento que le ha venido dando a este tema.

2. Temas principales que han interesado a la Relatoría

Al estudiar el conjunto de documentos a los que hemos hecho referencia en el punto anterior, podemos observar que desde el inicio de nuestras relaciones con la **Relatoría Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión**, este organismo ha estado trabajando e insistiendo, salvo algunas ligeras variantes, sobre los mismos cinco temas fundamentales: **los delitos de calumnia e injuria; las leyes de desacato o irrespeto a la autoridad; derecho al acceso a la información y acción de *habeas data*; las denominadas “leyes mordaza” -resabio de la dictadura- y la censura previa**. Esto sin perjuicio de que también se haya referido con menos profundidad a otros temas, que también abordaremos. Luego de esta presentación el lector podrá concluir qué tanto éxito ha tenido la Relatoría al cabo de estos ocho años de labor en nuestro país.

a) Censura Previa

Para la Relatoría existían tres (3) normas principales que constituían el fundamento legal para situaciones de censura previa, éstas eran:

- **El Decreto de Gabinete N° 251 de 1969¹:** que creó por muchos años la Junta Nacional de Censura, aquí tenemos en cuenta que el **Art. 13** de la **CADH**, relativo a la libertad de expresión, es sumamente restrictivo en cuanto a la posibilidad de aplicar la medida conocida como **censura previa**, su **numeral 4** establece: *“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el **exclusivo objeto** de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.”* En decir, la regla es que salvo esta particularísima excepción, el ejercicio de la libertad de expresión en ninguna de sus manifestaciones puede ser objeto de censura previa. Naturalmente que las facultades² que le concedía este decreto a la Junta Nacional de Censura excedían totalmente los límites de esta restricción y por tanto, no se ajustaba a los estándares del **Art. 13** de la **CADH**. Porque, como señaló la Relatoría: *“proveen la posibilidad de restringir acceso a las películas y espectáculos incluso a mayores de 18 años y también porque incluyen categorías que no tienen relación con la protección moral, sino con temas políticos”³*. Este decreto fue derogado por la **Ley N° 22** del 29 de junio de 2005⁴.
- **El Art. 903 del Código Administrativo**, relativo a la llamada “propaganda sediciosa” que señalaba:

¹ Decreto de Gabinete N° 251 de 1969: *Por medio del cual se toman medidas relacionadas con la Junta Nacional de Censura y Juntas Distritoriales y sobre control de espectáculos públicos, películas cinematográficas, televisión, publicaciones y transmisiones radiales en disco.* Gaceta Oficial N° 16.433, Publicada el 27 del 8 de 1969.

² Evidentemente este Decreto fue emitido durante el primer año de la dictadura para callar el debate político principalmente, o de ideas que fueran contrarias a las que sustentaban el poder del régimen. Es curioso que en su *Considerando* se refieran únicamente, como justificación a la adopción de esta norma, a la protección de la moralidad de la niñez y la juventud y las buenas costumbres de la sociedad, cuando luego en su Art. 12 (f) y (g) prohibían la exhibición de películas, espectáculos, transmisiones, entre otros que promovieran ideas políticas distintas a las imperantes en nuestro país en esa época, que fueran contrarias al orden público -concepto este siempre preferido por las dictaduras- o que provinieran de países con ideas políticas distintas. Si bien es cierto que con el pasar de los años este propósito encubierto fue quedando en desuso, y la Junta Nacional de Censura se fue circunscribiendo cada vez más a aquello para lo que supuestamente fue creada -la protección de la moralidad y las buenas costumbres- su fundamento legal y el ejercicio de sus funciones excedían completamente los estándares del Art. 13 de la CADH, que contiene una prohibición casi absoluta de la censura previa.

³ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá 2003. Capítulo IV.d., párrafo 108.

⁴ Ley N° 22 de 29 de junio de 2005, *Que prohíbe la imposición de sanciones por desacato, dicta medidas con relación al derecho a réplica, rectificación o respuesta y adopta otras disposiciones.* Gaceta Oficial: 24.109 de 2 de agosto de 2000.

Los empleados de Policía deberán desfijar, impedir la circulación y recoger los impresos, manuscritos, caricaturas, dibujos o pinturas en que se excite a la turbación del orden o desobediencia a la Constitución y a las leyes, a las autoridades legítimamente constituidas; en que se sugiera o aconseje la perpetración de algún delito o que contengan expresiones o conceptos injuriosos o amenazantes contra los empleados públicos o que sean contrarios a la decencia y a las buenas costumbres.

Esta disposición y el **Art. 904**, que señalaba la sanción para la falta de **propaganda sediciosa**, fueron derogados también por la reciente **Ley Nº 22** del 29 de junio de 2005.

- Además los artículos del **Código Electoral**¹ que establecen que las encuestas electorales antes de ser publicadas deben ser registradas en el Tribunal Electoral, y que prohíben la publicación de estas encuestas una determinada cantidad de días antes de las elecciones. Esta normativa sigue vigente en nuestro país, y de los tres puntos señalados es el que lleva más tiempo de preocupar a la Relatoría, pues desde su **Informe Anual de 1998** viene haciendo énfasis en esta normativa.

También se mencionan en los informes de la Relatoría algunos casos concretos de censura previa como ejemplo el atentado que sufrió el 8 de septiembre de 2001 **Radio Soberana Civilista**, propiedad de Alonso Pinzón².

El citado **Art. 13 (4)** de la **CADH** es sumamente claro, sobre todo en el contexto del **Sistema Interamericano**, como bien anota la Relatoría: *“Esta prohibición existe únicamente en el sistema americano. La Convención Europea y el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos no contienen disposiciones similares. Esto constituye una indicación de la importancia asignada por los Estados Americanos a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de información, pensamientos, opiniones e ideas”*³. Sobre este tema, la **CRIDH** en su Sentencia de Fondo del **Caso**

¹ Al momento de la redacción de estas líneas, los artículos del 189 al 191 del Código Electoral patrio.

² Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2001, Capítulo II, párrafo 184.

³ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá 2003. Capítulo IV.d., párrafo 105.

“la Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros) vs. Chile, que es el primer caso contencioso donde este tribunal aborda el tema de la libertad de expresión, estableció que: *“el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”*¹.

En una de sus más recientes sentencias este tribunal ahondó en este tema de la **censura previa**, y la colocó entre aquellas transgresiones al **Art. 13** de la **CADH** que implican una **supresión radical** de la libertad de expresión, la cual tiene lugar cuando: *“por medio del poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias... Se condicionan la expresión o la difusión de información al control del Estado”*². Por eso es que la restricción de la censura es casi absoluta.

b) Las leyes de “desacato” o irrespeto a la autoridad

Antes de abordar este tema, es menester aclarar que lo que en Panamá entendemos por *desacato* no es exactamente lo mismo que en otros países de América Latina, como por ejemplo Argentina, se entiende por dicho vocablo. De ahí que cuando la Relatoría habla de *desacato* o *leyes de desacato* lo hace dándole el sentido que se le da en la mayoría de los países de la región³. Es decir, se refiere **fundamentalmente** al

¹ CrIDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y Otros vs. Chile), Sentencia de Fondo de 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

² CrIDH. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párrafo 68.

³ De hecho la CIDH entiende por leyes de desacato: *“una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. Estas leyes tienen una larga historia, habiéndose promulgado en tiempos de los romanos para defender el honor del emperador. Hoy en día, las leyes de desacato que subsisten en muchos Estados miembros se justifican so pretexto de la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública. A este respecto, se dice que las leyes de desacato cumplen una doble función. En primer lugar, al proteger a los funcionarios públicos contra la expresión ofensiva y/o crítica, éstos quedan en libertad de desempeñar sus funciones y, por tanto, se permite que el gobierno funcione armónicamente. Segundo, las leyes de desacato protegen el orden público porque la crítica de los funcionarios públicos puede tener un efecto desestabilizador para el gobierno nacional dado que --según se argumenta-- ella se refleja no sólo en el individuo objeto de la crítica, sino en el cargo que ocupa y en la administración a la que presta servicios”*(lo resaltado es nuestro). CIDH. Informe Anual de 1994, Capítulo

irrespeto a la autoridad. De hecho, según el **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** las acepciones de las palabras **desacato** y **desacatar** son las siguientes:

Desacato. (De *desacatar*).

1. m. Falta del debido respeto a los superiores.
2. m. Irreverencia para con las cosas sagradas.
3. m. *Der.* En algunos ordenamientos, delito que se comete calumniando, injuriando, insultando o amenazando a una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, ya de hecho o de palabra, o ya en escrito que se le dirija.

Desacatar. (De *des-* y *acatar*).

1. tr. Faltar a la reverencia o respeto que se debe a alguien. U. t. c. prnl.
2. tr. No acatar una norma, ley, orden, etc...

Es esencial tener esto presente porque en nuestro medio, es decir en el ámbito jurídico panameño, si bien el término **desacato** sirve para designar tanto el **irrespeto** a la autoridad, como la **desobediencia** o **rebeldía** a cumplir una orden emanada de la autoridad, se utiliza principalmente para hacer referencia a esto último. De ahí que cuando la Relatoría comenzó a pronunciarse en el sentido de eliminar las “leyes de desacato” la primera impresión que causó en nuestro medio lógicamente fue bastante negativa. Algunos llegaron a pensar que lo que quería esta oficina era eliminar las leyes de desobediencia a las órdenes de la autoridad. Esta impresión era errónea, pues el restarle poder a los jueces y demás autoridades no es la intención de la Relatoría ni tiene potestad para ello. Además, esa supuesta pretensión nada tiene que ver con la libertad de expresión. Por tanto, está muy claro ya, que lo que pretendía este organismo era eliminar aquellas disposiciones legales que penalizaban el irrespeto o insulto a ciertas autoridades, en especial si estas penas o sanciones se aplicaban sin mediar un proceso previo con todo lo que esto implica.

La **Comisión Interamericana**, ha venido pronunciándose en contra de las leyes de desacato incluso desde antes de la creación de la Relatoría para Libertad de Expresión, y sus primeros pronunciamientos surgieron a raíz de que en uno de los puntos del acuerdo de solución amistosa del **Caso Verbitsky vs. Argentina**, las partes solicitaron a la

V: Informe sobre la Compatibilidad de las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CIDH que elaborara un Informe sobre la compatibilidad del tipo penal del desacato, como estaba contemplado en la legislación argentina, con las disposiciones de la **Convención Americana de Derechos Humanos**¹. En ese informe, que efectivamente fue luego elaborado y publicado por la **CIDH**², este organismo define lo que considera como “leyes de desacato” y enumera detalladamente los argumentos por los cuales éstas son incompatibles con la libertad de expresión que consagra la **CADH**. Esos criterios son utilizados hasta hoy por la Relatoría cuando, en sus diversos informes o comunicados, se refiere a la necesidad de derogar la legislación de desacato en los Estados miembros de la OEA. En este sentido la **Relatoría** ha señalado que:

...las leyes que protegen el honor de los funcionarios públicos que actúan en carácter oficial les otorga injustificadamente un derecho a la protección del que no disponen los demás integrantes de la sociedad. Esta distinción invierte directamente el principio fundamental de un sistema democrático que hace al gobierno objeto de controles, entre ellos, el escrutinio de la ciudadanía, para prevenir o controlar el abuso de su poder coactivo³. Las leyes de desacato, cuando se aplican, tienen efecto directo sobre el debate abierto y riguroso sobre la política pública que el artículo 13 garantiza y que es esencial para la existencia de una sociedad democrática... La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o aplicación de la política pública. Dado que estas personas están en el centro del debate público y se exponen a sabiendas al escrutinio de la ciudadanía, deben demostrar mayor tolerancia a la crítica⁴.

En Panamá hasta finales de junio de 2005 existía todo un marco jurídico orientado a sancionar las expresiones insultantes o irrespetuosas que pudieran ser dichas a muchos funcionarios por razón de su cargo, y que fue señalado por la Relatoría como incompatible con el pleno ejercicio de la libertad de expresión⁵. Veamos:

¹ CIDH. Caso Horacio Verbistky vs. Argentina (11.012), Informe de Solución Amistosa N° 22/84 del 20 de septiembre de 1994, párrafo 17-A-iv.

² CIDH. Informe Anual de 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³ CIDH. Relator Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de Prensa N° 29/00 del 14 de julio de 2000, párrafo 18.

⁴ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá 2003. Capítulo IV.c.1., párrafos 64 y 67.

⁵ La Relatoría fue clara al señalar que: “...es deber del estado panameño derogar aquellas leyes que permiten a sus funcionarios sancionar a particulares por la emisión de

- El numeral 1 del, ahora modificado, **Art. 33** de la **Constitución Nacional** que facultaba a los servidores públicos con mando y jurisdicción para imponer multas o arrestos, sin juicio previo, a cualquiera que los ultraje o falte el respeto en el contexto del ejercicio de sus funciones. Este numeral fue eliminado cuando se modificó el mencionado artículo por medio del Acto Legislativo N° 1 de 2004. De esta manera quedó eliminado el fundamento constitucional del andamiaje de normas que veremos a continuación:
- El numeral 13 del **Art. 45** de la **Ley N° 106** de 1968¹, que señalaba entre las atribuciones de los alcaldes el sancionar correccionalmente con multa o arresto a los que los desobedezcan o falten el respeto en el contexto de sus funciones.
- Los **artículos 91, 129 (2), 161 (7), 174 (E), 202 (2)** del **Código Judicial** que facultaban a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, Jueces de Circuito y Jueces Municipales a sancionar correccionalmente con multa o arresto a los que los desobedezcan o falten el respeto en el contexto de sus funciones.
- El **Art. 393** del **Código Judicial** que facultaba al Procurador General de la Nación, al Procurador de la Administración, al Fiscal Auxiliar, los Fiscales de Distrito Judicial y a los Fiscales de Circuito a sancionar correccionalmente con multa o arresto a los que los desobedezcan o falten el respeto en el contexto de sus funciones, y
- Los **artículos 827, 828, 829, 830 y 831** del **Código Administrativo** que facultaban al Presidente de la República, los Gobernadores de Provincia, los Alcaldes de Distrito y en general a los funcionarios que ejerzan sus funciones con jurisdicción en toda la República; en varias Provincias; en varios Distritos o en un mismo Distrito para sancionar correccionalmente con multa o arresto a los que los desobedezcan o falten el respeto en el contexto de sus funciones. El **Art. 922** que señalaba como una forma de abuso contra el ejercicio del culto público la falta administrativa de irrespeto a los Ministros de cultos religiosos.

opiniones críticas sobre el ejercicio de las funciones de aquellos que ocupan cargos públicos". CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá 2003. Capítulo IV.c.1., párrafo 69.

¹ Ley 106 de 8 de octubre de 1973, *Sobre Régimen Municipal*, Gaceta Oficial 17.458 de 24 de octubre de 1973.

Esta normativa fue derogada por la **Ley Nº 22** de 29 de junio de 2005. Algunas líneas atrás nos dedicábamos a aclarar la confusión existente entre el desacato entendido como desobediencia a la autoridad y el desacato entendido como irrespeto a la autoridad. Esta distinción debió ser entendida por el legislador al aprobar la **Ley Nº 22**, pero parece que no fue así, pues de manera insensata derogó totalmente un conjunto de artículos que en su texto contenían conjuntamente las sanciones tanto de irrespeto, como de desobediencia a la autoridad, cuando la Relatoría en ningún momento ha pedido que se deroguen las normas que aseguraban la obediencia a las órdenes que los magistrados, jueces o agentes del Ministerio Público, cursen con motivo de sus funciones. Por eso, el legislador patrio debió MODIFICAR en lugar de derogar por completo, esos artículos.

La Relatoría en sus informes ha mencionado algunos casos de periodistas afectados por la existencia de estas leyes, como por ejemplo: Carlos Singares¹ y Carlos Zavala². La Relatoría a este respecto manifestó que: *“Existe una seria preocupación... por la utilización en Panamá de las leyes de desacato con el objeto de limitar la libertad de expresión, particularmente cuando periodistas u otros comunicadores sociales critican o publican información de interés público sobre las actividades de funcionarios públicos en el ejercicio de sus capacidades oficiales”*³. Pero como vimos, ya todas estas leyes fueron derogadas en nuestro país.

c) Las llamadas “Leyes Mordaza”

Las denominadas “leyes mordaza” a que se refiere la Relatoría, y que eran además un resabio de la época de la dictadura, eran las siguientes:

- **La Ley Nº 11 de 1978, Por la cual se dictan medidas en relación con los medios de comunicación social y publicación de material impreso**⁴. Posteriormente sus artículos 15, 16, 17 y 19 quedaron derogados por la **Ley Nº 55 de**

¹ Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2000, Capítulo III, párrafo 23 y CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá, Capítulo IV, párrafo 80.

² Cfr. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2003, Capítulo II, párrafo 247.

³ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá 2003. Capítulo IV.c.1, párrafo 81.

⁴ Ley Nº 11 de 10 de febrero de 1978, *Por la cual se dictan medidas en relación con los medios de comunicación social y publicación de material impreso*. Gaceta Oficial Nº 18.519 de 17 de febrero de 1978.

1999¹ y recientemente quedó derogada en su totalidad por la **Ley N° 22 de 2005**.

- La **Ley N° 67 de 1978**, por la cual *Se reglamenta el ejercicio de la profesión de periodistas en la República de Panamá²*. Esta ley quedó derogada en su totalidad por la **Ley N° 22 de 2005**.
- La **Ley N° 68 de 1978**, *Por la cual se crea la Junta Técnica de Periodismo y se le asignan funciones³*. Esta ley quedó derogada en su totalidad por la **Ley N° 55 de 1999**.

Estas normas, a las que la propia **Comisión Interamericana** se ha venido refiriendo desde sus **Informes Especiales de País de 1978 y 1989**, consagraban una serie de requisitos y regulaciones necesarios para la operación de medios de comunicación y el ejercicio del periodismo en sus diferentes modalidades, que a juicio de la comunidad periodística y de la **Relatoría**, eran violatorias del libre ejercicio de la libertad de expresión, y por tanto incompatibles con el **Art. 13** de la **CADH**. A respecto de este tema, la **Relatoría** ha mantenido siempre el criterio que: *“Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma. La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituye una restricción ilegítima a la libertad de expresión. La actividad periodística debe regirse por conductas éticas, las cuales en ningún caso pueden ser impuestas por los Estados”⁴*.

En fin, estas normas, están hoy todas derogadas lo cual ha sido visto con beneplácito y considerado como un progreso considerable por la Relatoría.

d) Derecho de acceso a la Información y Acción de Habeas Data

Estos aspectos del derecho a la libertad de expresión han sido centrales en la labor que la Relatoría ha desempeñado en todo el conti-

¹ Ley N° 55 de 20 de diciembre de 1999, *Por la que se derogan la Ley 68 de 1978, de la Junta Técnica de Periodismo, y artículos de la Ley 11 de 1978, relativa a los medios de comunicación social y a la publicación de material impreso*. Gaceta Oficial N° 23.953 de 23 de diciembre de 1999.

² Ley N° 67 de 19 de septiembre de 1978, *Por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de periodistas en la República de Panamá*. Gaceta Oficial N° 16.672 de 27 de septiembre de 1978.

³ Ley N° 68 de 19 de septiembre de 1978, *Por la cual se crea la Junta Técnica de Periodismo y se le asignan funciones*. Gaceta Oficial N° 18.672 de 27 de septiembre de 1978.

⁴ CIDH. Relatoría Especial para Libertad de Expresión. Declaración de Principios para la Libertad de Expresión, Principio 6. Esto además tiene respaldo en la CrIDH. Opinión Consultiva 5 del 13 de noviembre de 1985, Sobre la colegiación obligatoria de periodistas.

nente, y especialmente en Estados como Panamá donde le ha dado mucho seguimiento. En nuestro país el derecho a acceso a la información y la acción de *habeas data*, se ubica actualmente dentro del marco legal siguiente:

- **Los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional** recientemente adicionados por medio del Acto Legislativo N° 1 de 2004. Esta reforma, que fue considerada un progreso notable por la Relatoría¹, es el sustento constitucional del derecho de acceso a la información y la acción de *habeas data*.
- **Ley N° 6 de 2002²**, *Que dicta normas para la transparencia de la gestión pública, establece la acción de hábeas data y dicta otras disposiciones*. Esta ley contiene tres componentes distintos del derecho a acceso a la información: (1) el derecho a tener acceso a la información en poder del Estado que se refiera a asuntos de interés público, es decir de la gestión pública; (2) el derecho de acceso a los datos personales en poder del Estado y a corregir o eliminar la información incorrecta, irrelevante o desfasada. Se instituye en esta ley la *acción de hábeas data*, como recurso idóneo para hacer valer los derechos precedentes y se señalan las normas procesales para su trámite. Además, y como tercera manifestación del derecho de la sociedad a estar informada; (3) se instituye la obligación de la administración pública de informar o brindar de oficio cierto tipo de datos relativos a sus gestiones. La Relatoría desde su visita a Panamá de julio del 2000 venía sugiriéndole al Gobierno Nacional la promulgación de este tipo de leyes³, por eso la sanción de esta **Ley N° 6** fue considerada por esa oficina, en su Informe Anual de 2001, como una **acción positiva** a favor de la libertad de expresión en nuestro país⁴.

¹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2004, párrafos 143 y 144.

² Ley N° 6 de 22 de enero de 2002. *Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de hábeas data y dicta otras disposiciones*. Gaceta Oficial N° 24.476 del 23 de enero de 2002.

³ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de Prensa N° 29/00 del 14 de julio de 2000, párrafo 28.

⁴ CIDH. Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión en Panamá de 2003, párrafo 134 y CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2001, párrafo 185.

La Relatoría, que en un primer momento elogió esta iniciativa, manifestó una gran preocupación¹ porque a los cuatro meses de la promulgación de esta ley, el Gobierno Panameño a través del **Decreto Ejecutivo N° 124**² de 2002 reglamentaba la **Ley N° 6** del 2002 de forma tal que distorsionaba por completo el sentido de algunos artículos medulares, y por lo tanto, atentaba terriblemente contra el objeto y fin para el cual fue creada. Especialmente preocupaba a la Relatoría el **Art. 8** de ese Decreto, que establecía que para los efectos del Art. 11 de la Ley: “*Es persona interesada aquella que tiene relación directa con la información solicitada*”. Este artículo desnaturalizaba completamente el derecho de todo ciudadano a obtener información relativa a la gestión pública, el cual es considerado, con mucha razón uno de los fundamentos de la democracia representativa. Posteriormente, el Órgano Ejecutivo del nuevo Gobierno, mediante **Decreto Ejecutivo N° 335**³ de 2004 derogó el Decreto Ejecutivo N° 124 de 2002, este avance en la legislación también fue reconocido por la Relatoría⁴.

En cuanto al derecho de acceso a la información en poder del Estado, la **CIDH** ha señalado claramente que:

El derecho de acceso a la información en poder del Estado es uno de los fundamentos de la democracia representativa. En un sistema representativo, los funcionarios son responsables frente a la ciudadanía que confió en ellos su representación política y la facultad de decidir sobre los asuntos públicos. El titular de la información es el individuo

¹ CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2002, Capítulo II, párrafo 200 y 2001.

² Decreto Ejecutivo N° 124 de 21 de mayo de 2002, *Por el cual se reglamenta la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002*. Gaceta Oficial N° 24.557 de 22 de mayo de 2002. Además el Relator envió cartas al Gobierno Panameño solicitando llamando su atención sobre este tema, el 9 de julio y 4 de noviembre de 2002, sin recibir respuesta favorable. Posteriormente se siguió insistiendo sobre este tema en el Informe Anual de 2003, el Informe Especial sobre la Situación de la Libertad de Expresión en Panamá de 2003 y el Comunicado de Prensa N° 84/03 del 8 de julio de 2003.

³ Decreto Ejecutivo N° 335 de 1 de septiembre de 2004, *Por el cual se deroga el Decreto Ejecutivo N° 124 de 21 de mayo de 2002*. Gaceta Oficial N° 25.131 de 7 de septiembre de 2004. Este decreto señalaba en su considerando que: “*la facultad la facultad que el artículo 179 de la Constitución Política de la República otorga al Órgano ejecutivo para reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, debe ejercerse sin apartarse del texto ni del espíritu de las normas legales correspondientes. Que, contrario a los propósitos de la Ley, las disposiciones del Decreto Ejecutivo N° 124 de 21 de mayo de 2001 anulan los principios de acceso público y publicidad consagrados en la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002 (lo subrayado es nuestro)*”.

⁴ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de 2004, párrafo 70.

que delegó en los representantes el manejo de los asuntos públicos. Asimismo, la información que el Estado utiliza y produce se logra con fondos que provienen de los impuestos que pagan los ciudadanos.

*Contar con procedimientos que garanticen el acceso a la información en poder del Estado contribuye al control de la gestión estatal y es uno de los mecanismos más eficaces para combatir la corrupción. La ausencia de control efectivo implica una actividad reñida con la esencia del Estado democrático y deja la puerta abierta para transgresiones y abusos inaceptables. **Garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentarla transparencia de los actos de gobierno y la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal**¹ (lo resaltado es nuestro).*

De acuerdo con la **CIDH**, debe existir una **presunción de publicidad** de la información, es decir, que se presume que toda la información considerada de una fuente pública o documentación oficial del Estado es pública, salvo casos excepcionales que sean expresamente señalado en la ley -para no dejarlo al arbitrio de los funcionarios- y cuya aplicación sea necesaria para asegurar: *“el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*². Esto es lo que es considerado por la Relatoría como un *fin legítimo*. Estos son los criterios esbozados por la Relatoría en sus informes y pronunciamientos, sin embargo, en su **Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión**, cierra aún más el compás de las posibles restricciones a este derecho y señala que el principio de acceso a la información: *“sólo admite limitaciones excepcionalmente que deben estar establecidas previamente pro la ley para el caso que exista un **peligro real e inminente que amenace la seguridad nacional en sociedades democráticas**”* (Principio 4). En definitiva, toda restricción debe ser excepcional y estar orientada a conseguir un fin legítimo. Con relación a las personas que pueden solicitar este tipo de información la Relatoría ha dicho también que: *“...este dere-*

¹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de Prensa N° 29/00 de 14 de julio de 2000, párrafo 30 y 31. Recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado por primera vez este derecho de acceso a la información en el Caso Claude Reyes v. Chile, Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Acerca de este caso de refirió el Relator Especial para la Libertad de Expresión en su Comunicado de Prensa N° 155/06 del 31 de octubre de 2006.

² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Panamá (2003), párrafo 130.

*cho debe poder ser ejercido por cualquier persona*¹. Somos del criterio que si el peticionario cumple con los requisitos formales, de la petición y sufraga los gastos de la reproducción de la información pedida, debe suministrársele, y salvo limitadísimas excepciones, debería permitírsele a cualquier persona el acceso a esta información.

La **Ley Nº 6** también se refiere al derecho de todo ciudadano de acceso y control de datos personales, este derecho, a juicio de la Relatoría es: *“un derecho fundamental en mucho ámbitos de la vida, pues la falta de mecanismos judiciales que permitan la rectificación, actualización o anulación de datos afectaría directamente el derecho a la privacidad, el honor, a la identidad personal, a la propiedad y la fiscalización sobre la recopilación de datos obtenidos”*².

El concepto de *habeas data* que maneja la Relatoría no es exactamente el mismo que aparece en nuestra Ley, pareciera que la Relatoría se refiere a esta acción solamente como un medio idóneo para el acceso y modificación de datos personales, lo que se conoce en la doctrina como *habeas data propio*. Sin embargo, nuestra **Ley Nº 6** le da un alcance mayor, como anotábamos más arriba, al consagrar la acción de *habeas data también* para hacer efectivo **el derecho a acceso a la información relativa a la administración pública**, lo que se conoce en la doctrina como *habeas data impropio*. Siendo así nuestra legislación comprensiva de ambas esferas de tutela³.

Finalmente, mencionaremos algunos casos específicos ocurridos en nuestro país que fueron del interés de la Relatoría como por ejemplo los relativos a la denegación de la información en las solicitudes hechas por el abogado Guillermo Cochez relativas a los viajes de la Presidenta

¹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Panamá (2003), párrafo 138.

² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Panamá (2003), párrafo 143, Citando a: Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Secretaría de Investigación de Derecho Comparado*, Tomo I, 1998, p. 121.

³ Cfr. Fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 16 de julio de 2003 del Caso del Habeas Data Presentado por el Licenciado Guillermo Cochez, con motivo de la contratación de una ciudadana costarricense en el Ministerio de la Presidencia, en el cual el Tribunal señaló que: *“La legislación que instituye el habeas data contempla ambas modalidades sujetándolas a reglas diferentes, para el habeas data propio el artículo 3º, y el impropio en el artículo 2º, y desarrollado por el artículo 8º, 9º y 10º”*. A este respecto recomendamos también el breve, sencillo y orientador trabajo del Profesor Rigoberto González Montenegro titulado: *El Habeas Data*.

Mireya Moscoso¹ y a la contratación de la ciudadana costarricense Anabella Diez de Rodríguez, por parte del Ministerio de la Presidencia².

e) Despenalización de los Delitos de Calumnia e Injuria

Como hemos señalado, muchas de las leyes que fueron consideradas por la Relatoría anacrónicas y contrarias al ejercicio pleno de la libertad de expresión ya han sido modificadas, y muchas de las recomendaciones que se le han estado haciendo al Estado Panameño, han sido cumplidas en buena parte. Sin embargo, persiste aún un problema que para la Relatoría es su *preocupación principal*³, y sobre el cual viene pronunciándose desde las primeras comunicaciones que ha transmitido a los Gobiernos Panameños, nos referimos la existencia de los tipos penales de **calumnia e injuria** como medio para proteger la honra y dignidad de los funcionarios públicos, sobre todo porque, a juicio de la Relatoría, son utilizados como instrumento de *acoso judicial* contra los periodistas y quienes expresen su opinión respecto a asuntos de interés público, lo cual atenta contra el libre debate de ideas que debe existir en toda sociedad democrática.

Escribía algunos años atrás el abogado argentino **Eduardo Bertoni**, antes de haber sido Relator de la **CIDH** para la Libertad de Expresión, que han existido, o desafortunadamente existen, dos herramientas fundamentales de las que han hecho uso los gobiernos latinoamericanos para callar la libertad de expresión. La primera, principalmente difundida en los regímenes dictatoriales, es el asesinato o aniquilamiento físico de los periodistas, situación que sigue siendo preocupante, y la segunda herramienta es el denominado “acoso judicial”, más propios de las democracias, según **Bertoni**:

Esta práctica consiste, sin más, en el constante hostigamiento que reciben los periodistas mediante acciones judiciales, ya sea de índole criminal o civil, que provocan lo que algunos denominan el efecto paralizante: antes de criticar, y ante la posibilidad cierta que se inicie una demanda que consumirá, por lo menos, tiempo y dinero, se opta directamente por callar... para mitigar el acoso judicial, los esfuerzos deberían dirigirse a restringir al máximo las ac-

¹ CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión Informe Anual de 2002, párrafo 201.

² CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión Informe Anual de 2003, párrafo 258.

³ CIDH. Relatoría para la Libertad de Expresión. Comunicado de Prensa N° 29/00 del 14 de julio de 2000, párrafo 23.

ciones legales que pueden iniciarse contra casos que encierran una crítica a los personales públicos¹.

La **Relatoría** desde su **Informe Anual de 1998** se refirió a esta situación y señaló que:

Se utiliza el sistema judicial, como mecanismo intimidatorio al imponer a los periodistas penas de prisión o multa, obligación de concurrir en forma permanente a los tribunales, y gastos para su defensa que perjudican significativamente sus actividades. Cuando este mecanismo se utiliza contra aquellos periodistas críticos al gobierno, sé está utilizando el sistema judicial como un instrumento para limitar la libertad de expresión, y no como un mecanismo para resolver un conflicto de intereses entre las autoridades y el periodista².

Ahora bien, ni la **Corte Interamericana**, ni la **Comisión Interamericana**, ni la Relatoría han negado la existencia e importancia de los derechos a la honra y reputación, a la vida privada, o de presunción de inocencia, lo que han dicho es que los medios que se utilicen para proteger estos derechos no pueden ser tales que afecten el libre ejercicio de la libertad de expresión. Esa es la parte medular del debate. En este sentido, la posición de los principales organismos de derechos humanos a nivel mundial es la de considerar que tanto los funcionarios públicos, como los particulares que tienen una participación decisiva en los asuntos públicos, deben demostrar una mayor tolerancia a la crítica, por varias razones, mencionaremos algunas:

- Voluntariamente se han expuesto al escrutinio de la ciudadanía.
- Estas personas tienen a su cargo el manejo asuntos propios de la administración pública, en los cuales están involucrados los intereses de toda la ciudadanía, por lo tanto, el debate sobre estos asuntos, en una sociedad democrática, debe ser libre y desinhibido.
- Además, como señaló **Eduardo Bertoni**, en el artículo antes citado: *“Quienes detentan el poder legítimamente habido, deben entender, de una vez por todas, que llegaron allí por mandato del pueblo...”*. Esto con respecto a los funcionarios elegidos popularmente.

¹ BERTONI, Eduardo A., *Libertad de expresión y democracia*, en CEJIL, Gaceta N° 14, 2001, Notas de opinión, p. 1.

² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual de 1998, Capítulo III.

En razón de lo anterior, los organismos del **Sistema Interamericano** concluyen que los medios de protección que puedan utilizar este tipo de personas para proteger sus derechos a la honra y reputación, y privacidad deben ser menos represivos o severos que los que, para estos fines, estén a disposición del resto de los particulares. Eso explica la posición de la **Relatoría** de considerar que: *“La protección a la reputación debe estar garantizada **sólo a través de sanciones civiles**, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público...”*¹ (lo resaltado es nuestro).

De ahí, la continua lucha que desde hace más de ocho años viene llevando a cabo la **Relatoría** y la comunidad periodística en general por la despenalización de los delitos de calumnie e injuria en nuestro país, en este sentido la **Relatoría** en el **Informe Especial de la Libertad de Expresión en Panamá** publicado en el **2003**, recomendó al Gobierno Nacional: *“Que se reforme la legislación sobre calumnias e injurias por expresiones dirigidas a funcionarios públicos, personas públicas o particulares que se involucren voluntariamente en asuntos de interés público, con el fin de avanzar progresivamente hacia su despenalización, de acuerdo a los parámetros establecidos por la CIDH”*². Hasta hoy sigue en pie esta petición de la Relatoría, porque Panamá de ninguna manera ha modificado o derogado los tipos penales de calumnia e injuria de forma tal que sean compatibles con el respeto a la libertad de expresión.

Con respecto a estos puntos del proyecto de reforma al Código Penal, el Relator Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión, en junio de 2006 transmitió al **Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá** una nota donde textualmente se establece lo siguiente:

Tengo el honor de dirigirme a Su Excelencia, en mi carácter de Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en la oportunidad de manifestar la preocupación de la Relatoría Especial con relación a las disposiciones comentadas en el Título IV “De los Delitos contra el Honor de la Persona Natural” del Libro II del “Anteproyecto de Código Penal” preparado por la Comisión Codificadora del código Penal de los Anteproyectos de Código Penal y Código de Procedimiento Penal o Punitivo de Panamá.

¹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Principio 10. Además de esta fuente, son muchos los documentos de la Relatoría donde esta oficina es clara en mantener esta posición.

² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Panamá (2003), párrafo 159.

De acuerdo a la información recibida por la Relatoría Especial en comunicaciones que se anexan a la presente nota, el Título IV del Libro II del anteproyecto contiene ciertas disposiciones relativas a los delitos de calumnias e injurias que podrían prima facie afectar el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Panamá.

Al respecto, la relatoría Especial observa que los artículos 212 y 213 del anteproyecto establecen la pena de prisión para los delitos de calumnias e injuria cuando el Código Penal vigente no contempla este tipo de sanciones para tales conductas. Asimismo, el artículo 214 del anteproyecto eleva las penas de prisión actualmente previstas en el Código Penal para los casos de calumnia e injuria cometidos 2ª través de un medio de comunicación social oral, escrito o mediante un sistema electrónico”, añadiendo la pena de “arresto de fines de semana” cuando se trate de un supuesto tipificado como calumnia. La parte final del artículo 214 establece además que estas mismas penas se aplican para “quien publique, difunda o reproduzca por cualquier medio las ofensas inferidas al honor por otro, si se demuestra que hubo intención de causar daño, pleno conocimiento de que se está difundiendo noticia falsa u omisión en la investigación y verificación de la noticia, mínimamente exigible”.

La Relatoría Especial manifiesta su preocupación en tanto el anteproyecto contempla de manera general nuevas sanciones y eleva las penas vigentes para los delitos de calumnia e injuria, cuando la tendencia actual del derecho penal comparado se orienta en un sentido contrario, es decir hacia un modelo de derecho penal de intervención mínima.

Estas consideraciones resultan oportunas en la medida que la propia Exposición de Motivos del anteproyecto señala que se “propugna un derecho penal respetuoso de los derechos humanos, que sólo incrimine comportamientos para tutelar bienes jurídicos significativos de la sociedad, que intervenga mínimamente, es decir, cuando no resulten eficaces otros mecanismos de control social y que la sanción se dé en proporción al peligro o lesión del bien jurídico protegido y que además ésta no quede enmarcada en una filosofía meramente retributiva”. La Corte Interamericana se ha pronunciado en este mismo sentido señalando

do que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita” (Caso Palamara Iribarne, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 79).

Por otro lado, la Relatoría Especial encuentra que el artículo 215 del anteproyecto establece como medio de defensa del demandado la prueba de la veracidad de los hechos imputados (*exceptio veritatis*). La Relatoría especial considera que la posibilidad de poder esgrimir la verdad como medio de defensa inhibe el libre flujo de ideas al transferir la carga de la prueba al que expresa sus opiniones, lo cual resulta incompatible con lo previsto en el artículo 13.2 de la Convención (...) toda vez que produce un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitor sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad” (Caso Herrera Ulloa “La Nación”, Sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 132-133).

Asimismo, la Relatoría Especial estima que el artículo 217 del anteproyecto, que señala que “no constituyen delitos contra el honor las discusiones, críticas, opiniones sobre los actos u omisiones oficiales de los servidores públicos, relativos al ejercicio de sus funciones”, presenta una redacción insuficiente que puede llevar a que se sancionen las expresiones críticas en torno a las actuaciones u omisiones de los funcionarios públicos en situaciones no relacionadas al ejercicio de sus funciones pero donde el interés público resulte relevante, produciendo así un efecto intimidatorio que restrinja el libre debate de ideas.

La Relatoría Especial considera que el tipo de debate político que da lugar al ejercicio del derecho a la libertad de expresión generará indudablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos y para los particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos o que están íntimamente vinculados a las formulación de la política pública. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático, “tomando en cuenta el carácter de interés público que con llevan las actividades o actuaciones del una persona determinada” (Caso Herrera Ulloa “La Nación”, Sentencia del 2 de julio de

2004, párr. 128-129, y Caso Canese, Sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 101).

En este mismo sentido, debe tomarse en cuenta el Principio 11 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión que señala que “las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

Finalmente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión quisiera resaltar que el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla la obligación de los estados parte de dicho tratado de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueron necesarias para hacer efectivos” los derechos y libertades consagrados en tal instrumentos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Caso Cantoral Benavides, Sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 178)

Son muchas las maneras como un estado puede violar un tratado internacional y, especialmente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en confor-

midad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. (Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, párr. 26)

Teniendo en cuenta que su Ilustre Estado es parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión se permite destacar la importancia de que los estándares antes mencionados sean tomados en cuenta cuando los órganos competentes del estado discuta las modificaciones legislativas relacionadas con el derecho a la libertad de expresión.

Quisiera reiterar a Su Excelencia la disposición de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de colaborar y prestar asistencia técnica a Su Ilustre Estado en las iniciativas relacionadas con avances legislativos en materia de libertad de expresión. Finalmente desearía mencionar a Su Excelencia que la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión informará del contenido de la presente nota a las organizaciones que enviaron a la Relatoría Especial las comunicaciones cuyas copias se acompañan a la presente.

Hemos decidido incluir completa esta nota, en primer lugar por su valor doctrinal, pues al tiempo que resume muchos de los argumentos y criterios que considerábamos pertinentes a esta sección, es una de las manifestaciones más actuales del seguimiento que le da la Relatoría a los cambios legislativos en materia de libertad de expresión. Además, pocas veces sale a luz pública un documento de este tipo en toda su extensión.

Como vimos, la preocupación principal de la Relatoría está en que estos procesos penales, e incluso los civiles, se utilizan como un arma contra los comunicadores sociales para callar el debate sobre temas de interés público. Por eso, la Relatoría en la mayoría sus Informes Anuales, ha hecho referencia a casos concretos de periodistas que estaban siendo “acosados judicialmente” por algún funcionario de alto nivel. Algunos de estos periodistas con casos conocidos por la Relatoría son: Herasto Reyes, Gustavo Gorriti, Rolando Rodríguez, Marcelino Rodríguez, Michelle Lescure, Brittmarie Janson Pérez, Miguel Antonio Bernal, Juan Manuel

Handal, Mónica Palm, Jean Marcel Chéry, Ubaldo Davis, Herbert Rattray, Joel Díaz, Julio César Aizpurúa, Rafael Pérez y Gustavo Aparicio.

Recientemente, el 13 de febrero el Relator Especial para la Libertad de Expresión Ignacio Álvarez envió otra nota dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá advirtiéndole de la incompatibilidad de ciertas disposiciones del proyecto de Código Penal con el **Art.13** de la **Convención Americana de Derechos Humanos** relativo a la Libertad de Expresión.

... el Relator de Libertad de Expresión señaló entre otras cosas, que aún cuando el artículo 13.2, de la Convención Americana, establece la posibilidad de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión, “la restricción a la libertad de expresión debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente a satisfacer un interés público imperativo”. Y recordó que la Corte Interamericana ha establecido que “el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita”.

Igualmente el Relator Especial manifestó su preocupación porque “los tipos penales antes referidos podrían afectar el derecho de los comunicadores sociales a mantener reserva sobre sus fuentes de información”. Además señaló que “la vaguedad de algunos de los términos usados [...] podría ser interpretada para restringir indebidamente el derecho de acceso a la información en poder del Estado”¹.

Al momento de la redacción de estas líneas (7/3/07) la Asamblea Nacional de Diputados se encuentra debatiendo nuevamente en segundo debate el proyecto de Ley del nuevo Código Penal y evaluando la redacción de los tipos penales que pudieran afectar la libertad de expresión.

Como hemos visto en esta sección, la Relatoría de la Comisión Interamericana para la Libertad de Expresión desde que se creó ha tenido una participación activa en la tutela de ese derecho en nuestro país. Se ha pronunciado a favor de la abolición de los delitos de calumnia e injuria, de normas de desacato, de leyes mordaza; ha llamando la atención sobre el acoso judicial a periodistas, entre otros frentes de acción que hemos presentado sistemáticamente. Sin embargo, la peor fuente de

¹ Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), Nota de Prensa del 14 de febrero del 2007: En Riesgo el Derecho a la Libertad de Expresión en Panamá.

restricciones a la libertad de expresión y la más infame mordaza la constituye la censura previa que los dueños y directivos de los medios de comunicación ejercen sobre las iniciativas de los periodistas, sus empleados al fin y al cabo. Son aquellos los que ordenan la edición de noticias, los que prohíben el debate sobre ciertos temas y en definitiva quienes tienen el poder de abrirle las puertas a un periodista que entiende “las reglas del juego”, o de cerrárselas a aquél que no las entiende o no las sigue.