Virginia Arango Durling

DERECHO PENAL

Y

DERECHOS HUMANOS

www.penjurpanama.com

Panamá, 2004

Prologo

La protección de los derechos humanos a nivel internacional se ha indicado que no basta, pues necesario que los Estados castiguen internamente los actos atentatorios a los mismos, de ahí que en este último caso, con todo acierto, resulta positiva la creación de la Corte Penal Internacional, para evitar la impunidad de los mismos.

Con la aprobación del Código Penal de 1982, el legislador incorporó el artículo 310, segundo párrafo que se destinaba a castigar el "cometer actos violatorios de los derechos humanos" disposición que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia.

De igual forma, tenemos en esa línea que el Código vigente castiga el delito de Genocidio, figura delictiva de carácter innovador, así como otros hechos delictivos, que atentan contra la vida y la integridad personal, el honor de las personas, su patrimonio, y en particular, los ataques contra la libertad de prensa.

No obstante, la legislación nacional requiere de nuevas figura delictivas que prevengan y sancionen otros actos violatorios de los derechos humanos, como es el caso por ejemplo de la discriminación, xenofobia y racismo de los cuales hacemos mención en esta obra.

Antes de terminar es conveniente insistir en la necesidad de promover y proteger los derechos humanos desde la perspectiva del derecho interno e internacional.

www.penjupanama.com

INDICE

Pág.

DISCRIMINACIÓN, RACISMO Y XENOFOBIA EN EL DERECHO PENAL

I. INTRODUCCION 6
II. CUESTIONES CONCEPTUALES 8
A. Concepto de Discriminación Racial 9
B. Concepto de Racismo y sus orígenes 9
A. Concepto de Xenofobia 18
III. PROTECCION PENAL CONTRA LA DISCRIMINACION 18
A. Fundamento de la Protección Penal contra la Discriminación 18
B. Los delitos de discriminación en el derecho comparado 23
IV. LA DISCRIMINACIÓN EN PANAMA 36
A. Determinaciones previas 36
B. Situación Actual y de lege ferenda 39

EL DELITO DE GENOCIDIO

I. INTRODUCCIÓN 43
II. NOCIONES GENERALES 44
A. Concepto 44
B. Clases de Genocidio 47
C. Ubicación del delito de Genocidio 49
III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 50
IV. CUESIONES FUNDAMENALTES SOBRE EL DELITO DE GENOCIDIO 52
A. Los sujetos del delito: Activo y Pasivo 52
B. La Conducta Típica 54
1. Determinaciones previas 54
C. El Objeto Material 60
D. Tipo Subjetivo 60
E. Antijuricidad y Culpabilidad 61
F. Consumación y Tentativa 62
G. Autoría y Participación Criminal 63
H. Consecuencias Jurídicas 65
NOTAS 65

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN OCASIÓN DE CONFLICTO ARMADO EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL REVISADO DE 1999

I. Planteamiento 67

www.canjurpanama.com

II. EL DERECHO A LA PAZ Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS 70
A. El Comité Internacional de la Cruz Roja 70
B. Los Convenios y Protocolo de Ginebra 74
1. Derechos humanos de las Personas Civiles. 74
2. Derechos humanos de los prisioneros de guerra. 77
3. Derechos humanos de la Población Civil 79
4. Derechos humanos de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en campaña y en el mar 81
5. Los derechos humanos en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949 82
III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO 87
IV. ELEMENTOS COMUNES A ESTOS DELITOS 90
A. Sujetos y objeto material 90
B. Tipo Subjetivo 92
C. Antijuricidad y Culpabilidad 92
D. Formas de Aparición delictiva 92
E. Consecuencias jurídicas 93
V. LOS DELITOS EN PARTICULAR 93
A. Introducción 93
1. Ataques indiscriminados o excesivos u otros actos contra la población civil con fines de aterrorizarla: Utilización de métodos excesivos y Represalias 95
2. Imposición de obligaciones injustificadas: Constreñimiento a apoyo bélico y la privación del derecho a ser juzgado imparcialmente 97
3. Demora injustificada de la libertad o repatriación 97
4. Traslado, deportación, toma de rehenes y privación ilegal 98
5. Actos discriminatorios y prácticas inhumanas 99
6. Destrucción de bienes no militares 100
7. Traslado y asiento de población de Parte ocupante 102
8. Utilización indebida de signos protectores 102
VI. CONCLUSIONES 103

PROTECCIÓN PENAL CONTRA LA ESCLAVITUD Y EL TRAFICO DE PERSONAS

I. INTRODUCCIÓN 105
II. NOCIONES GENERALES 107
A. Concepto de Esclavitud y Servidumbre 107
B. Formas de Esclavitud y Servidumbre 109
C. Formas de Esclavitud y Servidumbre 110
III. LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS 112
A. Los Instrumentos Internacionales Generales 112
B. En los Instrumentos Específicos 113
1. Convención sobre la Esclavitud de 1926. 113
2. Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud de 1953 115

www.pentumpanama.com

3. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y prácticas análogas a la esclavitud. 115
4. Convenio de la O.I.T. sobre Trabajo Forzoso 119
5. Convención sobre la Alta Mar 120
6. Convención para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena 120
7. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid 121
IV. LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PANAMEÑO 121
A. Introducción 122
B. La Esclavitud y Servidumbre en la Legislación Panameña 124
1. En los textos constitucionales 124
V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL A LA PROTECCIÓN PENAL CONTRA EL TRÁFICO DE PERSONAS 124
A. Determinaciones previas 124
B. El Delito de Asociación Internacional para Traficar con personas o drogas..... 125
1. Tipo Objetivo: La conducta típica 125
2. Tipo objetivo: Los sujetos 126
3. Tipo Subjetivo 127
4. Formas de aparición delictiva 127
5. Penalidad 127
C. El Trafico Migratorio Fraudulento 127
1. Cuestiones fundamentales 127
2. Tipo objetivo 129
3. Tipo subjetivo 130
4. Formas de aparición delictiva 131
5. Penalidad 131

www.perijurpanama.com

DISCRIMINACIÓN, RACISMO Y XENOFOBIA EN EL DERECHO PENAL

I. INTRODUCCION

La discriminación ha existido en todas las épocas de la humanidad, y en principio podemos mencionar, las ocurridas con motivo del descubrimiento del Nuevo mundo, en contra de la población indígena y el menosprecio racista en la trata de negros, hechos que motivaron la reacción por parte de la Iglesia Católica, que a través de sendos documentos denunciaba y condenaba tales prácticas discriminatorias, tales como por ejemplo, en la "Bula Sublimus Deus del Papa Pablo III, en 1537, en la del Papa Urbano VIII, que llegaría a excomulgar los que tuvieran indios como esclavos, y finalmente, la del Papa León XIII, que en su Encíclica "In Plurimis (condenaba la trata de negros y felicitaba a Brasil por haberla abolido).(Pontificia Comisión "Iustitia et pax", p.10 y ss)

En efecto, durante la colonización española en América surgieron diversos textos íntimamente vinculados con el status jurídico de los indios, siendo el más relevante Las Leyes Nuevas de 1542, la cual declaraba la libertad de los indios y la prohibición del trabajo obligatorio. (Arango Durling, **Introducción**, p.-119)

Más adelante, producto de la ideología racista del siglo XVIII se justifica la discriminación de las personas en base a concepciones biológicas sobre la tesis de la "teoría de la superioridad de la raza", se difunde esta postura que ha tenido seguidores y que eventualmente ha negado derechos y libertades a las personas, como es el caso por ejemplo del racismo nazi hacia

www.penjurpanama.com

los judíos y los recientes casos de depuración étnica, genocidio, así como las prácticas xenofobicas.

Ahora bien, desde hace más de cincuenta años, las Naciones Unidas han proclamado el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los seres humanos, luego de haberse adoptado la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, "como baluarte contra la opresión y la discriminación". (**Naciones Unidas**, p.5), y a partir de este documento sus principios han servido de inspiración para numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos.

En 1976, se aprobaron los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en su orden los Protocolos Facultativos, conformando así la Carta Internacional de Derechos Humanos, que conjuntamente con diversas declaraciones y tratados sobre derechos humanos se han dedicado a proclamar el "derecho a la igualdad y a no ser objeto de discriminación".

Sin embargo, las prácticas discriminatorias todavía persisten, y con el fin de proteger a las personas contra el trato discriminatorio se cuenta en la actualidad con instrumentos específicos de protección contra la discriminación, tales como por ejemplo, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Declaración sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención internacional sobre la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones (1981), y la Convención Internacional sobre

www.penjurpanama.com

el Apartheid en los Deportes (1985), de las cuales hemos hecho referencia en otro trabajo por lo que les remitimos al mismo (Arango Durling, p.40 y sgts.), toda vez que en este instante abordaremos otros aspectos temáticos de interés en la actualidad como son la discriminación racial, la xenofobia y otras formas de intolerancia.

Desde otra perspectiva, resulta interesante destacar que la lucha internacional contra el Racismo y la Discriminación Racial también se ha visto reflejada en la designación del "Año Internacional contra el Racismo y la Discriminación Racial" en 1971, en la celebración de la Primera y Segunda Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial celebradas en 1978 y 1983 respectivamente, en la adopción del Primer (1973-1981), Segundo (1983-1992) y Tercer Decenio (1993-2002), en la designación del 21 de marzo "Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial" en 1966, y próximamente en la celebración de la Tercera Conferencia Mundial contra el Racismo que se celebrará en Sudáfrica en septiembre de 2001, que establece un plan de acción mundial para combatir el racismo.

Para terminar, a propósito del nuestro valga señalar los prejuicios raciales motivaron la creación de leyes inmigratorias restrictivas y de otras prácticas no deseables contra ciertos grupos por razones raciales, con consecuencias tan graves como la pérdida de la nacionalidad. Arango Durling, **La Inmigración Prohibida,** p.)

www.penurpanama.com

II. CUESTIONES CONCEPTUALES

Es conveniente antes de presentar nuestro planteamiento sobre el tema objeto de estudio, hacer unas breves consideraciones conceptuales entorno a discriminación racial, racismo, xenofobia y a otras formas conexas de intolerancia.

A. Concepto de Discriminación Racial

En primer término, se entiende por discriminación racial a efectos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965) "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento o goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública". (Art.1º)

Se sostiene que el significado de discriminación racial respecto de determinado grupo, es un concepto relativo que depende de un criterio clasificador, de las circunstancias o fines de la clasificación y también de la propia conciencia como grupo "diferente" de los propios afectados, de ahí que se defina por la existencia de una segregación o separación histórica o heredable, que no se basa necesariamente en unas claras diferencias genéticas, sino que incluye también la procedencia u origen nacional o étnico, el linaje, a través del nacimiento, el origen o procedencia social, en otras palabras, se prohíben no sólo las discriminaciones biológicas y culturales, sino toda diferenciación basada en una identificación biológica o socio-cultural del individuo que puede llegar a considerarse discriminación racial. (Miguel Rodríguez-Piñeiro/ Ma. Fernanda Fernández López, p. 184)

B. Concepto de Racismo y sus orígenes

1. Determinaciones conceptuales

Por su parte, racismo en sentido estricto designa un comportamiento discriminatorio por razón de la raza, en la que se afirma la superioridad innata,

www.penjurpanama.com

biológica, social y moral de unos grupos humanos frente a otros basándose en la composición racial, concepto que hoy en día, no se enmarca en una cuestión de carácter biológico, sino también de carácter social, cultural e histórico, la pertenencia del sujeto, raza, etnia o nacionalidad.

En ese sentido, el concepto de racismo puede entenderse por un trato discriminatorio en base a la doctrina de la "superioridad racial, tesis que no es reciente y que como se haya indicado tiene su origen en el siglo XVIII cuando se forja el concepto de raza y que apoyándose "en la diferencia de los rasgos físicos y en el color de la piel, entendía concluir a una diversidad esencial, de carácter biológico hereditario, a fin de afirmar que los pueblos sometidos pertenecían a "razas" intrínsecamente inferiores, en cuanto a sus cualidades mentales, morales o sociales, en otras palabras, tales planteamientos dieron origen a que las poblaciones se clasificaran en términos biológicos, como una competencia entre razas fuertes y débiles, éstas genéticamente inferiores a las otras". (Pontifica Comisión "Iustitia et Pax", p.13)

Ciertamente, que tal planteamiento no puede ser aceptado y con toda razón, en la Primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo, celebrada en Ginebra en 1978, se condena dicha tesis al reafirmar lo siguiente:

- Toda doctrina de superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y no tiene ninguna justificación.
- Todos los pueblos y todos los grupos humanos han contribuido al progreso de la civilización y esas culturas constituyen el patrimonio común de la humanidad.
- Todas las formas de discriminación basadas en la teoría de la superioridad, la exclusividad o el odio racial son una violación de los derechos humanos fundamentales y

www.penjurpanama.com

amenazan las relaciones amistosas entre los pueblos, la cooperación entre las naciones y la paz y la seguridad internacionales.

Además, de lo anterior no puede dejar de mencionarse la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, aprobada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO.), de 27 de noviembre de 1978, la cual en su artículo primero, señala lo siguiente:

1. "Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos todos forman parte integrante de la humanidad".
2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. Sin embargo, la diversidad de las formas de vida y el derecho a la diferencia no pueden en ningún caso servir de pretexto a los prejuicios raciales, no pueden legitimar ni en derecho ni de hecho ninguna práctica de apartheid que constituya la forma extrema del racismo.
3. La identidad de origen no afecta en modo alguna la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente ni las diferencias fundamentales en la diversidad de culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural.
4. Todos los pueblos del mundo están dotados de las mismas facultades que les permiten alcanzar la plenitud del desarrollo intelectual técnico, social, económico, cultural y político.
5. Las diferencias entre las realizaciones de los diferentes pueblos se explican enteramente por factores geográficos, históricos, políticos, económicos, sociales y culturales. Estas diferencias no pueden en

www.penjurpanama.com

ningún caso servir de pretexto a cualquier clasificación jerarquizada de las naciones de los pueblos.

Desde otra perspectiva debe señalarse que el racismo en Sudáfrica, conocido como Apartheid, ha sido considerado como "la forma extrema del racismo institucionalizado", como un crimen de lesa humanidad, una afrenta a la dignidad de la humanidad y una amenaza a la paz y la seguridad en el mundo", el cual fue condenado por las Conferencias Mundiales de 1978 y 1983, pero que positivamente fue abolido en 1993, y que cabe señalar, motivó la aprobación de instrumentos internacionales, como la Convención Internacional sobre el crimen y castigo del Apartheid, y la Convención sobre el Apartheid en los deportes, y finalmente la adopción de otras medidas para erradicar el mismo.

Por otro lado, se ha señalado que el término "apartheid" fue conceptuado parcialmente, pues no contemplaba todas las situaciones ni todos los aspectos de la cuestión, y cita para ello el caso de las violaciones de los derechos humanos contra los negros en Estados Unidos, en la que no fue hasta 1964, que se aprobó la ley de los derechos civiles. (Pablo Ramella, p.105)

Desde otra perspectiva, el concepto moderno de racismo no es exclusivamente biológico, hecho que se refleja en los acontecimientos ocurridos en la Europa Occidental en las últimas décadas, contra los inmigrantes residentes, de manera que hoy por hoy, se entienda por racismo "todo tipo de discriminación o prejuicio con relación a grupos humanos de pertenencia del sujeto: raza, etnia, nacionalidad y religión". (Borja Jiménez, p.247)

Finalmente, lo que caracteriza la conducta racista es el ánimo del agente, su intención, motivo, móvil o pretensión que refleja una discriminación de carácter racista, esto es, en preferencia a la raza, etnia,

www.penlurpanama.com

religión, nacionalidad y otro tipo de consideración (sexo, orientación sexual, ideología, etc) (Borja, p.273)

2. Orígenes del racismo

Muy acertadamente ha indicado BORJA JIMÉNEZ (p. 3), que la persecución de las personas por el solo hecho de su pertenencia a una raza, etnia, nación o religión, no es un acontecimiento propio y exclusivo de los tiempos modernos, pues en todas las épocas históricas se ha presentado este fenómeno, y para ello cita por ejemplo la expulsión de los judíos a finales del siglo XV.

Ahora bien, el resurgimiento de la violencia racista y xenófoba queda palpada tras la segunda guerra mundial, en algunos países de Europa como Inglaterra y Holanda, y posteriormente se ha extendido a otros, provocando conflictos e innumerables violaciones a los derechos humanos, como sucede en la actualidad.

En el caso de algunos países como Inglaterra la explicación al fenómeno racista de las décadas de los setenta, ochenta, noventa y en la actualidad, se ha señalado que tiene su razón en su cultura y tradición imperialista del siglo pasado y comienzo del presente, en el que la mezcla de la etnia anglosajona ha sido concebida como una suerte de sacrilegio o un pecado, tanto en el ámbito teórico como práctico, y aún más la antropología inglesa cabe destacar, que ha aportado numerosas contribuciones en la teorización del racismo y en la búsqueda de la supervivencia de las razas superiores (consideradas generalmente como la anglosajona, eslava y teutónica) frente a las inferiores (normalmente se incluían entre estas la raza negra y la judía)(Borja Jiménez, p.21)

www.penjurpanama.com

En ese orden de ideas, cabe destacar, las aportaciones a la concepción teórica del racismo de Mosse (1768-1862), de J. Hunt (1883-1869), de KNOX, así como de la influencia del Darwinismo por Galton (1811-1911) y de K. Pearson (1857-1936) sobre la tesis de la Higiene Racial. (Borja Jiménez, p.23)

De igual forma, en el caso de Francia, encontramos las aportaciones de Arthur Comte de Gobineau (1816-1882), en la que destaca que en el mundo hay tres razas, la amarilla, la negra y la blanca, en la que la última estaría constituida por las características más valiosas. Amor a la libertad, honor y espiritualidad, teniendo la primera poca capacidad para elaborar pensamientos intelectuales y facilidad para los trabajos manuales y para comerciar, y la segunda, poco inteligente, gran sensibilidad y un tremendo y natural poder físico. (Borja Jiménez, p.44)

Para otros antropólogos franceses (G. C. Vacher de Lapouge 1854-1936), en la teorización del racismo se llegó a idealizar la raza aria determinando sus rasgos físicos (rubio de su pelo o en las facciones eslavas) y se concluyó que era la única que reunía las condiciones para continuar con la evolución del ser humano, de manera que consideró a los amarillos, a los judíos como enemigos de la misma (Borja Jiménez, p.45), y todo mestizaje una degeneración.

Durante la Tercera República francesa, la tesis que prolifera es la del antisemitismo, entre otras, por la sensación del peligro judío por el control de las finanzas y no han de faltar las asociaciones para luchar contra los mismos. (Borja Jiménez, p.52), no obstante, no es hasta en 1940 cuando es Francia ocupada, que el régimen de Vichy se identifica con la política racial impuesta por Hitler en Alemania, la cual perdura hasta 1945. (Borja Jiménez p.54), inspirada en las teorías de Celine y Montandon).

www.penjurpanama.com

En efecto, se cita que desde 1940 a 1942, los judíos fueron expulsados de Alsacia y Lorena, se establece la pérdida de la nacionalidad a los judíos, se veda el derecho de reunión a la población judía y se efectúa un censo, se determina el status y la condición de judío, se impone a la población semita el distintivo de la estrella de David y se dictan otras disposiciones discriminatorias, tales como la exclusión de la actividad política, del ejercicio de las profesiones liberales, de las actividades laborales entre otras. (Borja Jiménez, p.56)

Más adelante, se ha examinado la violencia racista en Bélgica destacando que la discriminación en este caso recae sobre las minorías con culturas no europeas, especialmente, la marroquí o turca, e históricamente hay que señalar que el auge inmigratorio se da a partir de la segunda guerra mundial, manifestándose esta actitud a partir de los años ochenta. (Borjas, p.72 y ss.)

Ahora bien, las teorías racistas inglesas y francesas sobre la tesis de la desigualdad de las razas y superioridad de la raza blanca se extendieron durante el siglo 19, pero en el caso de Alemania se difundieron las ideas de Arthur Comte de Gobineau, las cuales fueron introducidas por el célebre compositor Richard Wagner, a través del círculo de intelectuales, que se señala que no tergiversaron dicha obra, destacándose que en el caso del autor se trataba más bien de un “racismos místico” y no del racismo del odio y la exclusión que condujo el antisemitismo alemán durante el último tercio del siglo XIX y la Segunda Guerra Mundial. (Borja, p.84)

Dentro de este período surgen diversas interpretaciones teóricas sobre el racismo y otras obras publicadas que inspiran un odio hacia los judíos (1871-1873), además de que influyen otros factores, como por ejemplo el nivel de riqueza económica, el control en el mundo de la banca y las finazas en general

www.penurpanama.com

(Borja, p.89), los acontecimientos de la primera guerra mundial y de la revolución rusa de 1917, en donde se critica la falta de patriotismo y se los califica "usureros capitalista", explotadores (Borja, p.91), postura antisemita que prosigue durante los años veinte y treinta, y que se institucionaliza con Hitler cuando alcanza el poder en 1933.

La ideología racista nacional socialista de Alemania es influenciada por la tesis de Gobineau y el social darvinismo, partiendo de la postura de la desigualdad de las razas, de la superioridad de la raza aria con su mitos estéticos y de la degeneración de la misma en la mezcla con otras razas, y por otro, en los principios darvinistas como la selección natural y la supervivencia de los más adaptados.(Borja, p.96)

De esta manera desde 1933 se inicia el boicot contra los negocios judíos, pierden el ejercicio de garantías fundamentales como la libertad de movimiento, inviolabilidad del domicilio, del secreto y las comunicaciones postales y de la libertad de expresión, del derecho de reunión y asociación y de libertad económica, más tarde la limitación del ejercicio de las profesiones liberales y de ejercer cargos públicos, prohibiendo hacia 1925, la celebración de matrimonios mixtos entre judíos y alemanes, la privación de los derechos políticos, la obligación de todos los judíos con nacionalidad alemana de cambiar su nombre y elegir uno entre los 185 que se había impuesto para los hombres y los 131 para las mujeres mediante ley dictada en 1938.

Posteriormente, en 1938 se producen las expulsiones forzadas de los judíos, así como el ataque violento a las sinagogas, anunciando finalmente, Hitler en un discurso, en enero de 1939, anuncia la denominada "solución final", que se ejecuta en octubre de 1941, siendo trasladados los judíos en masa forzosamente a diferentes campos de concentración (Borja, p.103), calculándose entre cinco y seis millones de judíos que perdieron su vida

www.penjurpanama.com

durante la segunda guerra mundial, sin dejar de señalar los pertenecientes a, gitanas Sinti y Roma. (p.105)

Ahora bien, desde 1987 se han escenificado actos de violencia antisemita dirigidos hacia los extranjeros y los centros de refugiados por grupos de extrema derecha, o bandas de jóvenes radicales, y a partir de 1991, se produce una escalada de criminalidad racista, con descenso durante los años 1994 y 1995, y un aumento de la criminalidad antisemita, frente a homosexuales, prostitutas, impedidos físicos o vagabundos (Borja Jiménez, p.177), que a juicio de algunos tiene su razón de ser en la perdida del poder parlamentario por los partidos radicales.

Por otra parte, en lo que respecta a Italia el origen del racismo modernamente se presenta durante el régimen fascista de Mussolini con el racismo colonial (1930-1937) tras las conquistas en África, el antisemitismo judío (1938-1943), y la persecución y deportación de la minoría judía (1943-1945), que en los dos últimos casos estuvieron inspiradas en diversas obras y que surge por un lado por la influencia de Hitler en Alemania, sobre Mussolini, y en otros acontecimientos de la época. (Borja p.201)

De manera, que en Italia se establece la tesis de la “higiene racial” para conservar la pureza de la raza italiana (1937), y se activa una campaña propagandística que posteriormente da lugar a la creación en 1938 de leyes racistas, que tenían por objeto privar a los judíos italianos (Borja, p.203), determinado así la prohibición de matrimonios mixtos, exclusión del ejercicio del comercio y de la industria, de la participación en todo tipo de actividad publica, limitación de la propiedad inmobiliaria (Borja p.303), posteriormente le siguieron las medidas de internamiento en el periodo de 1940 a 1943.

www.penjurpanama.com

En la actualidad, Italia no ha podido escapar de la violencia racista la cual ha estado vinculada a los ciudadanos no nacionales, siendo los hechos más significativos a partir de los años noventa.

(verificar) Para terminar, en cuanto a España, históricamente hay que destacar tenemos la intolerancia religiosa que culminó con la expulsión de los judíos a finales del siglo XV, y aunque en general se ha advertido una actitud no racista hacia los extranjeros, pueden algunos casos (1992) encontrar la violencia racista, vgr. las heridas graves a un guineano en Barcelona por un grupo de skin heads, y otras (Borja, p.235) más que se han suscitado posteriormente.

A. Concepto de Xenofobia

En lo que respecta al término "xenofobia" alude a la aversión (oposición o repugnancia) a todo lo extranjero, y finalmente la expresión "formas conexas de intolerancia" se refiere a otras manifestaciones racistas, vinculadas a las anteriores.

El trato diferenciado a los extranjeros por su origen nacional o caracteres étnicos constituye una de las preocupaciones por parte de los organismos internacionales, sin dejar de señalar la institucionalización de la xenofobia por parte de algunos Estados, con respecto a los trabajadores migratorios, los refugiados y asilados.

www.penjurpanama.com

III. PROTECCION PENAL CONTRA LA DISCRIMINACION

A. Fundamento de la Protección Penal contra la Discriminación

1. Determinaciones previas

En el ámbito internacional la discriminación, ha sido condenada en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas Las formas de Discriminación Racial, de 20 de noviembre de 1963, que manifiesta que "la discriminación entre los seres humanos por motivos de raza, color u origen étnico es un atentado contra la dignidad humana y debe condenarse como una negación de los principios de la Carta de las Naciones Unidas, una violación de los derechos humanos y de las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, un obstáculo para las relaciones amistosas y pacíficas entre las naciones y un hecho susceptible de perturbar la paz y la seguridad entre los pueblos".

Más tarde la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial de 1965, igualmente condena el racismo y determina medidas para su eliminación en todas sus formas, entre otros, creando el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

Por otro lado, desde la perspectiva de la Declaración de la Primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial de 1978, se rechaza las teorías sobre la superioridad racial, señalando que las mismas constituyen "una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales y amenazan las relaciones amistosas entre los pueblos, la cooperación entre las naciones y la paz y la seguridad internacionales".

De igual forma, en la Segunda Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial de 1983, se condena todas las formas de racismo y de discriminación racial y declara que el "apartheid" es una práctica detestable para la conciencia de la humanidad y una amenaza para la paz y seguridad internacionales".

Por su parte, el Segundo y Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, se preocupa igualmente por la promoción

www.penjurpanama.com

y protección de los derechos humanos ante las prácticas discriminatorias, entre otras, y destaca que toda la sociedad mundial se ve amenazada y obstaculizada por la discriminación.

Además, en la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales de 1978, se reconoce que "todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad".

La discriminación, en este sentido, a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos justifica la intervención del derecho internacional en esta materia, tomando en consideración los ataques a la dignidad de la persona, y en general, las violaciones a sus derechos humanos.

Las practicas discriminatorias se ha afirmado que deben desaparecer, y que se deben adoptar medidas para enfrentar este "flagelo" que en épocas recientes se ha manifestado por la institucionalización de la xenofobia, de la depuración étnica y de otras formas de racismo.

En este sentido, se sostiene que la discriminación constituye una injusticia, una lesión del orden jurídico que se realiza cuando una minoría oprime a la mayoría y cuando una mayoría oprime a una minoría. (Pablo Ramella, p.101)

Desde el punto de vista religioso, la doctrina católica a través de diversos documentos ha manifestado la igualdad fundamental entre todos los hombres y el respeto a la dignidad de toda raza, y ha sostenido que el "racismo, perturba la paz de las sociedades, contamina asimismo la paz internacional. Cuando falta la justicia en este punto capital, la violencia y las guerras se desencadenan fácilmente, y las relaciones con las naciones vecinas se alteran". (Pontifica Comisión "Iustitia et Pax", p.43)

www.penjurpanama.com

2. Fundamento de la Intervención y la protección penal

La preocupación del legislador por los actos de discriminación, como hechos atentatorios contra el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, ha determinado su inclusión en la normativa penal de algunos países. (Serrano Gómez, p.879)

En este contexto, en la exposición de motivos del Código Penal Español de 1995, se "afirma la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita, que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los Estados democráticos a emprender un acción decidida para luchar contra ella".

En efecto, se sostiene (Borja Jimenez, p.332 y ss.) que los fenómenos presentados en varios países europeos de discriminación contra las minorías, la profanación de tumbas de judíos, las agresiones físicas a ciudadanos diferenciados étnica nacional o religiosamente, las actividades de propaganda nacional socialista, entre otros, motivaron la intervención del Derecho Penal a fin de actuar y frenar estos móviles racistas.

Por otro lado, también la justificación de la intervención del Derecho Penal en esta materia, debe tomar en consideración el "cumplimiento de los convenios internacionales, así como también que España no ha permanecido ajena a este fenómeno (Landecho Velasco/ Molina Blázquez, p.524), criterio que también ha sido compartido por otros (Vives Antón T.S./Carbonell Mateu, J. C. p.756)

Y es que los delitos relativos a la discriminación son hechos que afectan el derecho de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancias personal o social", de ahí que el

www.penjurpanama.com

legislador mediante la incriminación de estos actos proteja el derecho a no padecer discriminación. (Calderón/ Choclan, p.1159)

El derecho a no ser discriminado encuentra así su tutela penal al ser un derecho fundamental de la persona "merecedor de protección penal" que se da cuando "una conducta objetiva de desigualdad en el trato puede dar lugar o va a provocar la tipificación de delitos de conductas contrarias al derecho de no ser discriminado. (Bernal Del Castillo, p.30)

Por otro lado, se ha entendido que la discriminación punible en la legislación española no solo comprende la discriminación racista, sino también otros tipos de discriminación, como las religiosas, discriminación por razón de sexo, opinión política o incluso procedencia geográfica, etc. socialmente cada vez más extendidas, y de esta manera se "refuerza el principio de igualdad, reconocido en el texto constitucional". (Muñoz Conde, p.707)

De todo lo antes expuesto, se desprende que la protección penal de la discriminación descansa en la necesidad de intervenir el derecho penal para proteger un derecho fundamental de la persona, reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos y consagrado en la gran mayoría de los textos constitucionales (Art. l9), en donde se reconoce la "igualdad ante la Ley" sin distinción y la prohibición contra la discriminación (Art.20).

Este principio implica que se dé un tratamiento idéntico a todos los seres humanos en cuanto a su calidad de tales, a su dignidad y atributos fundamentales como personas ya que, en cuanto a su naturaleza, todos los hombres están en una situación especial igual, pero exige, también que, se atienda en forma proporcionalmente diferente pero análoga, en cada una de sus categorías, a lo que de hecho en virtud de factores individuales o accidentales ocupen situaciones concretas distintas. (Hubner Gallo, p.156)

www.penjurpanama.com

Por otro lado, coincidimos con BORJA JIMÉNEZ (p.336) que las medidas punitivas antiracistas tienen por objeto proteger contra la delincuencia discriminatoria pues el trato discriminatorio atenta contra los derechos fundamentales del individuo, por ende ese menosprecio y prejuicio hacia la persona también atenta de manera primordial contra la dignidad del ser humano, y consecuentemente el Derecho Penal pretende también "preservar la paz y el orden público ante el peligro de que ciertos comportamientos racistas generalizados conduzcan o incrementen una situación de explosión social humana.

Además, de lo anterior hay que tener presente que las conductas delictivas xenófobas atentan contra la dignidad humana, en referencia al derecho del ser humano a no ser discriminado, y en atención al grupo colectivo, como sucede por ejemplo, cuando se atenta contra la imagen del colectivo. (Borja p.340)

Finalmente, los delitos bajo examen son delitos de peligro abstracto en cuanto se reproduce un adelantamiento de la sanción penal, toda vez que se justifica la intervención del Estado, para hacer frente a la criminalidad racista y xenófoba, y si bien es cierto, que no es el mejor instrumento para solucionar este grave conflicto social esta dotado de un notable carácter simbólico, en cuanto que se han previsto para crea en la conciencia social una necesidad de valorar positivamente ciertos bienes jurídicos y de advertir sobre la existencia, respecto de los mismos, de peligros y riesgos en el futuro. (Borjas, p.353)

B. Los delitos de discriminación en el derecho comparado

1. Introducción

Las medidas penales que se han adoptado para luchar contra la criminalidad racista en los países de Europa Occidental pueden agruparse en

www.penurpanama.com

a) Medidas penales que suponen un adelantamiento de la línea de defensa del Estado, los cuales comprenden los delitos de incitación al odio racial, la Difusión de ideologías que propugnan la superioridad de la raza y de negación histórica del genocidio, así como las Injurias colectivas, b) Medidas penales que incriminan un acto de discriminación de móvil racista y c) Medidas penales comunes matizadas o agravadas por el móvil racista: Participación en organizaciones o actividades racistas. (Borja, p.323 y ss.)

Para otros, hay delitos que directamente e indirectamente tutelan contra la discriminación (Bernal Del Castillo, p.6 y ss.), ubicándose en el primer grupo, los delitos de provocación a la discriminación y de injurias discriminatorias, el delito de denegación de prestaciones, las asociaciones discriminatorias y el delito de discriminación laboral, mientras que con el delito de genocidio, discriminación y libertad religiosa e ideológica, los delitos en caso de conflicto armado, las manipulaciones genéticas y otros más, se protege de manera indirecta contra la discriminación.

En sentido estricto, los delitos de discriminación se ubican en el caso de España, como "Delitos cometidos en ocasión del ejercicio de derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución", y comprenden: la Provocación a la discriminación e injurias discriminatorias, la discriminación en servicios públicos y la discriminación profesional o empresarial.

Desde otro punto de vista, debe señalarse, que las legislaciones penales antirracistas han sido criticadas, por un lado, porque se consideran por algunos como un Derecho penal de autor, y en otro caso, porque atentan contra principios constitucionales.

En lo que respecta a la primera cuestión, es evidente que el agente en estos delitos tiene una intención o móvil racista, y que responden a un perfil

www.penurpanama.com

(jóvenes con ideología de la ultraderecha o integrantes de determinados grupos urbanos violentos, o pertenecientes a asociaciones), sin embargo, en este caso estamos ante un Derecho Penal del acto aislado. (Borja p.360)

Sobre los conflictos de derechos constitucionales, se manifiestan con el derecho a la libertad de pensamiento, ideas u opiniones, el derecho de asociación o de reunión, aunque debe tenerse presente que el ejercicio de dichas libertades desborda sus límites, cuando las mismas afectan los derechos de terceros, y se pretende tutelar la dignidad humana en el marco del respeto del principio de igualdad. (Borja, p.361)

2. Los delitos de discriminación en sentido estricto.
    a. Provocación a la discriminación e injurias discriminatorias.

De acuerdo con el art. 510 del Código Penal Español de 1995, se entiende que existe provocación a la discriminación e injurias discriminatorias, cuando se realiza lo siguiente:

> "Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.
>
> Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a

www.penurpanama.com

una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía".

En opinión de MUÑOZ CONDE (p.706) lo que aquí castiga el legislador son "conductas provocadoras y expresiones injuriosas discriminatorias", pero no en sí las conductas discriminatorias pues otras disposiciones se ocupan de ello, y el legislador en este sentido castiga tales actuaciones aun cuando no se produzca la discriminación, de ahí que el hecho se consuma con el mero acto de provocar a la discriminación, al odio o la violencia contra grupos o asociaciones.

En este sentido, se opina (Serrano Gómez, p.879) "que resulta sorprendente que se criminalice la provocación al "odio", pues mientras no trasciendan conductas que lesionen un bien jurídico protegido por algún tipo penal resulta improcedente criminalizar estas conductas, razón por la que algunos han considerado su derogación.

En lo que respecta a la primera parte de la disposición, se trata de una forma de "provocación para delinquir", de manera que deba entenderse como todo acto de incitación a la comisión de alguno de los delitos discriminatorios previstos en el Código Penal (Bernal del Castillo, p.8l), y según algunos es más que nada "una simple provocación" (Serrano Gómez, p.879) que se realiza en el ejercicio de la libertad de expresión y que constituye un delito de xenofobia. (Vives Anton/ Carbonell Mateu, p.757)

La provocación en estos casos, por regla general, es ejecutada por cualquiera y los sujetos pasivos son los grupos o asociaciones constituidas por razones ideológicas, religiosas, etc. (Serrano Gómez, p.880)

Por lo que respecta a las conductas injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, etc., se trata de un supuesto agravado de injuria en donde el agente difunde "informaciones

www.penlurpanama.com

injuriosas" por radio, prensa, panfletos, etc. (Serrano Gómez, p.880, Vives Anton, p.757)

En lo que respecta al aspecto sujetivo, estamos ante comportamientos dolosos, en que el objeto de la provocación es el odio hacia una persona o hacia un grupo de personas por motivos, en lo que la motivación del autor o el ánimo recae sobre "móviles racistas" étnico, religioso o nacional, con fines incitación colectiva. (Borja, p.293)

Ahora bien, las conductas de provocación, instigación o incitación se consuman con la simple incitación o provocación, de manera que no requieren ninguna concreción material (delitos de consumación anticipada), en otras palabras, que el culpable consiga su propósito, estando por consiguiente ante delitos de peligro abstracto. (Borja Jiménez p.289)

La justificación del adelantamiento penal en el caso de la provocación, es "obstaculizar la generalización de hechos o expresiones que puedan crear una situación de crispación, un envenenamiento del ambiente, un malestar generalizado y hostil frente a determinados grupos humanos". (Borja, p.289)

Por lo que respecta a las Injurias colectivas, la tutela penal parte del respeto de la dignidad humana, se protege en la medida en que, forma parte de un grupo concreto (Borja p.308), pues el insulto reiterado o la difamación permanente hacia los mismos afecta su imagen social.

b. Denegación discriminatoria de prestación.

En este caso estamos ante un hecho que frecuentemente se presenta y en la que el derecho penal necesariamente ha tenido que intervenir a fin de tutelar los derechos de las personas que por razón de su ideología, religión o creencia, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, les sea negado una prestación a la que tienen derecho.

www.penurpanama.com

La tutela penal sostienen LANDECHO/ MOLINA BLÁZQUEZ (p.526) que en estos casos se fundamenta en que se trata de conductas que son contrarias al derecho a la igualdad, y se sostiene que no es fácil precisar el alcance de estos delitos, porque por una parte se exige que el sujeto pasivo tenga derecho a esa prestación y por otra entran en juego los derechos constitucionales de libertad, de contratación y asociación".

Para otros los delitos de denegación en general (Art.511 y 512) "apuntan así a una doble configuración en la que resulta tan relevante la defensa del derecho a la igualdad y no discriminación del sujeto inmediatamente destinatario de la denegación de prestación. (lógica de tutela de minorías) (Landa Goro tiza, p.255)

La denegación de una prestación de servicios públicos comprende dos clases (por particulares y por servidores públicos) según se desprende del texto de la disposición penal que recoge este hecho y que a continuación citamos:

> "Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.
>
> Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza,

www.penjurpanama.com

su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años".

En opinión de SERRANO GOMEZ (p. 880) el tipo de estos delitos son muy abiertos, de contornos confusos, que suponen una inseguridad jurídica y castigados con penas excesivas.

Las conductas castigadas suponen actuaciones omisivas que consisten en denegar una persona una prestación a la que tiene derecho, por motivos discriminatorios, actos que pueden ser ejecutados tanto por los particulares como por los funcionarios públicos, y en la cual se extiende la denegación de prestación de servicio público a asociaciones, fundaciones, sociedades o corporaciones o contra sus miembros por los mismos motivos.

Lo característico en estos delitos es la denegación de un "servicio público" por motivos racistas y no por otras razones (vgr. económicas o sociales), y por servicio público, se entiende cualquiera prestación que se hace a una generalidad anónima, de manera que en el caso de los servicios docentes pueden ser las ofertas públicas como privadas, la proyección de un espectáculo. (teatro, cine acontecimiento deportivo), establecimientos comerciales y todo tipo de oferta de hospedaje o despacho de bebidas y comidas (tiendas, hoteles, restaurantes, etc) (Borja, p.314).

En ese sentido, se ha indicado que la prohibición de entrada a un lugar publico, por razón de origen turco o perteneciente a la etnia gitana, es una diferenciación injustificada hacia esos sujetos que ataca la dignidad humana y

www.penjurpanama.com

representa una desconsideración del valor humano de la persona a la que se le veda el ingreso (Borja, p.316), y al colectivo.

En síntesis, los delitos de denegación de prestación deben interpretarse, como preceptos antidiscriminatorios pero a la vez protectores de colectivos y minorías especialmente sensibles, en donde el bien jurídico protegido podría en consecuencia ser objeto de una doble articulación: junto a la idea de la no discriminación y la protección del principio de igualdad se tutelarían también las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. (Landa Gorostiza, p.148)

c. Asociaciones discriminatorias

Las asociaciones y organizaciones racistas prosperaron en muchos países de Europa Occidental desatando una violencia racial, tal como el caso de Hitler en Alemania, y en Francia hasta la segunda guerra mundial, y posteriormente, en Alemania después de la reunificación surgieron asociaciones, partidos y movimientos de extrema derecha, entre otros, las "cabezas rapadas" que incitaron y provocaron una violencia discriminatoria, lo cual dio lugar a que se adoptaran medidas penales al respecto.

Los delitos bajo examen han sido criticados doctrinalmente, en cuanto a que se señala que afectan el derecho de asociación, mas para otros (Borja p.323) debe buscarse la "ratio legis" en la necesidad de evitar que se realicen actividades de manera organizada que atenten contra el principio de igualdad. (Borja, p.323)

Se entiende por asociaciones discriminatorias las que "promueven la discriminación, el odio, la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza, nación su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello". (Art.5.5C.P.E.)

www.penjurpanama.com

Ahora bien, en lo que respecta al bien jurídico protegido se sostiene que el carácter punible de estas asociaciones no descansa en la ilicitud de las mismas, sino más bien en que las actividades programadas implican una finalidad contraria al derecho fundamental a no ser discriminado que exige su tutela penal, y que permite a su vez que el derecho constitucional de asociación que se pone en peligro o se lesiona en este delito encuentre a su vez su protección penal. (Bernal del Castillo, p.116).

No obstante lo anterior, se ha criticado esta modalidad punible de las asociaciones ilícitas que promueven el odio y la violencia, porque contraviene el principio de "seguridad jurídica", (Bernal del Castillo, p. l2l) o porque su referencia es "superflua" (Vives Anton/ Carbonell Mateu, p.760), o simplemente porque ya está implícita en el numeral lo de dicha disposición (Serrano Gómez, p.893, Calderón/ Choclán, p.1166).

d. Denegación de prestaciones a las que se tenga derecho por profesionales o empresarios

El hecho bajo análisis también ha sido denominado por algunos (Muñoz Conde, p.709), como Discriminación profesional o empresarial, y aparece comprendido en el artículo 512 de la siguiente manera:

"Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio industria o comercio, por un período de uno a cuatro años".

Los motivos para la intervención penal, al igual que sucede con las norma que le precede se fundamenta en el interés por parte del legislador de

www.penjurpanama.com

tutelar el derecho a la igualdad, aunque se planteen dudas “hasta que punto una persona tiene derecho a recibir de un particular una prestación concreta, dada la libertad de empresa establecida en la Constitución” (Landecho/ Molina, .p.528), opinión también compartida por otros, dado que rige el principio de autonomía de la voluntad en estas relaciones, de tal forma que no pueda hablarse de derecho mientras no se haya pactado la prestación profesional o empresarial.

En este sentido, sostienen otros (Muñoz Conde, p.709) que el asunto no presenta dudas en cuanto se trate de actividades profesionales o empresariales dirigidas al público en general, el derecho a la prestación que tiene cualquiera parece indiscutible, de igual forma aparece claro (Calderón/ Choclán, p.1162) en las denegaciones de los derechos, por haberlas obtenido contractualmente o bien porque sean exigibles en otro concepto (vgr. asistencia médica obligatoria, actuación asimismo debida de Abogados en el turno de oficio o asistencia al detenido, acceso a locales públicos).

Sobre lo anterior ha indicado la doctrina que se exige una interpretación restrictiva del termino “derecho”, y que las figura de provocación debe colocarse castigándose mas grave, apareciendo como figuras subordinadas atenuadas de provocación, los delitos de denegación de prestación, a fin de que tenga mayores garantías de éxito una adecuación de la intervención penal en el ámbito de la discriminación entre particulares (Landa Gorostiza, p.154), con fines protectores de las minorías.

Desde otro aspecto, el delito de denegación de prestación empresarial o profesional se castiga mas leve (inhabilitación no prisión), aunque es una figura mas puramente antidiscriminatoria y mas centrada en los aspectos individuales de protección. (Landa Gorostiza, p.256)

www.penjurpanama.com

e. Delito de Discriminación laboral

El delito de discriminación laboral, a diferencia de los anteriores se ubica como un "Delito contra los derechos de los trabajadores", y aparece consagrado de la siguiente manera:

> "Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza, nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán sancionados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses".

En la doctrina se ha entendido que en definitiva, se otorga una protección penal en el ámbito laboral, al perseguir evitar la discriminación prohibida constitucionalmente reconocida, y proteger a las personas contra los ataques al principio de igualdad. (Carbonell Mateu/ González Cussac, p.559) Para otros, (Morillas Cuevas/ Carmona Salgado, p.908) la discriminación tutelada debe reunir ciertos requisitos, entre otros, que sea "grave" de forma que deje la intervención penal para última instancia, de manera que se haga evidente que no se consuma el hecho con la simple discriminación en el empleo, sino que esta debe tener el carácter de "grave". (González Cussac/ Carbonell Mateu, p.560), y por otro lado, que se establece una condición objetiva de punibilidad en cuanto que se castigará al sujeto cuando tras

www.penurpanama.com

requerimiento se niegue a restablecer la situación de igualdad. (Bernal del Castillo, p.117)

El delito bajo examen ha señalado la doctrina que presenta enorme complejidades, toda vez que sanciona discriminaciones en el ámbito laboral tanto privadas como públicas, además de que es desconcertante la sanción que se establece tomando en cuenta el ámbito discrecional para el juzgador. (Landa Gorostiza, p.160)

3. La denominada mentira de Auschwitz: Negación o justificación del delito de genocidio y de otros hechos punibles contra la humanidad, o Apología del Genocidio.

El origen de este delito lo hallamos en la legislación alemana, pues acabada la Segunda Guerra Mundial, y tras el proceso de Nuremberg, las personas rechazaron el totalitarismo nazi y surgen grupos que querían mantener un sistema político hitleriano (vgr. el Partido Socialista del Reich en 1949), lo cual hizo reaccionar a las autoridades con medidas punitivas.

Sin embargo, el asunto no concluye ahí pues surge el denominado movimiento de "revisionismo histórico" que trata de desvirtuar el exterminio y persecución de los judíos durante la segunda guerra mundial, a través de publicaciones, artículos, monografías y demás, con un movimiento tan intenso que determina que el tribunal constitucional Alemán en 1979, concluya que la "negación abierta de esta verdad histórica constituía un ataque a la dignidad de las personas que habían padecido, el horror nazi, y que por tanto, debería ser punible", de tal forma que para 1985, se crea la figura delictiva. (Borjas, p.302)

En el caso de España, el delito bajo examen ha sido denominado por algunos como Apología del genocidio (Art.607-2), Difusión de ideas o doctrinas que justifiquen el genocidio, exaltación o justificación del genocidio

www.penjurpanama.com

y aparece en la reforma penal de 1995, a continuación del delito de genocidio, cuyo texto es el siguiente:

> "La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen practicas generadoras de las mismas, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años".

El delito de apología del genocidio, ha sido objeto de innumerables críticas en la doctrina, considerándose como una "figura apologética" que agudiza el riesgo de castigo ilegitimo de la libertad de expresión y se materializa en configuraciones típicas excesivamente difusas y pocos respetuosas con los principios de legalidad y de última ratio pero que en cualquier caso, deben adquirir sentido con el Art. 510 del cual deriva su sentido básico de tutela. (Landa Gorostiza, p.174)

De igual forma, ha indicado MUÑOZ CONDE (p.656) que la excesiva amplitud que se le da a la apología podría interpretarse como atentatorio de la libertad de expresión, sin embargo, queda compensadas con la exigencia de que la misma pueda constituir una incitación directa a cometer el delito de genocidio, opinión que también ha sido compartida por VIVES ANTÓN/ CARBONELL MATEU. (p.824)

El acto que se castiga conforme a la normativa española, es la de "difundir por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen el genocidio" o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, lo cual exige un conocimiento y ánimo de parte del agente de actuar con tales fines, produciéndose la

www.penjurpanama.com

consumación en el momento en que se presenten tales actos. (Landecho Velasco/ Molina Blázquez, p.175)

Se trata de un delito autónomo en la que la razón del adelantamiento de la barrera de la intervención punitiva, se sostiene que tiene su origen en los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de Roma, que prohíben toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya una incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia", y aunque se cuestiona su inconstitucionalidad frente a la libertad de expresión, ya el Tribunal Supremo Español ha manifestado que "ni el ejercicio de la libertad ideológica, ni la expresión pueden amparar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos". (Calderón Cerezo/ Choclan Montalvo, p.1270)

IV. LA DISCRIMINACIÓN EN PANAMA

A. Determinaciones previas

Nuestro país al igual que el resto del mundo no ha podido escaparse del fenómeno discriminatorio, de manera que no solo se haya manifestado una discriminación hacia la mujer, sino también hacia otros grupos por razón de su raza, de la cual se hace evidente en la política migratoria que rigió en el país desde l904, por un espacio de cuarenta años.

La "inmigración prohibida" constituyó una política restrictiva por razón del origen que atentó contra el principio de igualdad y no discriminación, inspirada en el espíritu nacionalista y la teoría del blanqueamiento de la raza, que causó innumerables perjuicios hacia los grupos considerados como "indeseables". (Arango Durling, ps. 15 y sgs.)

En este sentido, en 1904 se prohibía la inmigración a los chinos, sirios y turcos, inclusive los nacionalizados en otros países, en 1926, a los indo-

www.penjurpanama.com

orientales, dravidianos, japoneses, indo-arios y negros de las Antillas, además a los grupos ya indicados; en mayo de 1931 a los hindúes, en 1932, a los libaneses y palestinos; seguido en 1934 de los indostanes y en 1938, de los armenios, árabes, chinos, turcos, indostanes, sirios, libaneses palestinos, norteafricanos de raza turca y negro cuyo idioma no sea el español, y finalmente en 194l, a los negros cuyo idioma no sea el español, a los individuos de raza amarilla y las razas originarias de la India, el Asia Menor y el Norte de África.

Las condiciones a que fueron sometidos estos individuos fueron muy variadas, además de restringirse la entrada al territorio de la República, en algunas ocasiones tan graves como la pérdida de la nacionalidad con la Constitución de 194l, texto de corte racista, en otros, con la restricción de capacidad del individuo para ejercer cargos públicos, para ejercer el comercio, la explotación de industrias y de profesiones, así como el derecho de asociarse. (Muñoz Pinzón, p.88)

Ahora bien, habiéndose eliminado la política migratoria en 1942, no es hasta la Constitución de 1946 que técnicamente desaparece a nivel constitucional, de ahí que subsistieran prejuicios hacia los individuos mencionados, de manera que en 1956, se dicta la Ley 25 de 9 de febrero, en desarrollo del artículo 2l de la Carta Constitucional, estableciendo como falta de policía correccional todo acto discriminatorio contra estos individuos, que pudiera consistir en prohibir el ingreso a centros educativos, a establecimientos comerciales, restaurantes, negarse a vender artículos o prestar servicios a una persona, a negarse a dar empleo, so pretexto de su nacimiento, raza, clase social, sexo, religión o ideas políticas. (Arango Durling, **Inmigración Prohibida**, ps. 30 y ss.)

www.penjurpanama.com

En efecto a manera de ejemplo podemos citar las situaciones dramáticas en las escuelas primarias en las cuales se impidió la admisión a niños antillanos en varias escuelas de la capital por segregación racial, entre las que se mencionan la Escuela República de Venezuela y El Salvador, donde efectivamente se rechazaba a estos por su color, o porque no querían chombos en esas escuelas, (Diario La Hora 20, 2l y 22 de mayo de 1948) y a la cual se manifestaba (Westerman, p.7) que esta ley había aparecido en el momento de la historia panameña cuando los incidentes discriminatorios amenazaban en convertirse en serio conflicto racial sino se les daba una solución inmediata".

Para terminar, no podemos dejar de mencionar también los actos discriminatorios perpetrados desde 1907 a 1964 , contra los empleados de la Compañía del Canal en la Zona del Canal, que consistía en dividir los empleados en dos grupos: "gold roll" y "silver roll", categoría de oro y plata, respectivamente. En la primera se ubicaban los ciudadanos blancos, principalmente ciudadanos norteamericanos, mientras que la segunda, incluía a todos los demás grupos ya sea que fuesen de origen español, indio, negros, antillanos, etc.

En este sentido, los ciudadanos estadounidense de la categoría oro devengaban devengaban los salarios más altos respecto a la categoría de plata, las oficinas postales tenían ventanillas separadas para ambos grupos de trabajadores, al igual que sucedía con los "clubhouses" o restaurantes, los hospitales, etc. (Westerman, p.41).

Se ha señalado (Diez Castillo, p.79-80) "que no importa cuan iletrado fuera un obrero capataz de la categoría de oro, lo cierto es que el trabajo sucio en las cloacas de las calles o en el departamento al cual era asignado aquél, siempre lo hacía un negro antillano, asimismo, a ningún trabajador de la

www.penjurpanama.com

categoría de oro, le asignaba vivienda en las comunidades construidas y destinadas para los negros trabajadores.

La política estadounidense en esta materia ciertamente era desigual a todas luces, calificándose de inhumana con respecto a los salarios, condiciones de trabajo, facilidades de vivienda, etc. y en todo momento los obreros se opusieron a ella, de manera que a partir de 1948 la Compañía del Canal decidió establecer una política encaminada a eliminar estas practicas discriminatorias, tales como por ejemplo, la eliminación de letreros en lugares públicos, de "gold roll" y "silver roll , discriminación que cesó en 1961 , al asumir la presidencia el Presidente John F. Kennedy". (Westerman, p.96)

B. Situación Actual y de lege ferenda

Nuestra legislación penal vigente, a diferencia de otros países no contiene normativa referente a sancionar las prácticas discriminatorias o de otra naturaleza, aunque, por otro lado, establece sanciones para el genocidio en el artículo 311.

En cuanto al Anteproyecto de Código Penal Revisado de 1999, advertimos que de igual forma, se castiga el Genocidio (Art. 371), y se ha adicionado en el artículo 372, del mismo texto legal, en su numeral 6º, sanciones de cinco a diez años de prisión, al sujeto que en ocasión de un conflicto armado: "Realice, ordene, realizar o mantenga respecto de cualquier persona, práctica de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

Por otro lado, en los últimos tiempos en nuestro país las personas han denunciado un trato discriminatorio con respecto a las personas de color y las personas indígenas, en situaciones concretas, como es el caso del derecho de

www.penjurpanama.com

admisión en algunos centros nocturnos, en otros casos las quejas de los afectados se basan en el requerimiento de una foto, para acceder a un empleo, hecho que ha motivado que se hayan adoptado algunas medidas al respecto, entre otros, el lanzamiento de la campaña "no me pidas una foto", así como en otros casos en la regulación del derecho de admisión.

Para terminar, ha indicado la Iglesia Católica, "que la condenación del racismo y de los hechos racistas es necesario", así como la aplicación de medidas legislativas, disciplinarias y administrativas contra lo uno y lo otro", mientras que el Comité Panameño, contra el Racismo, ha manifestado que este se hace evidente en nuestro país en el campo laboral. (E.M.B., p.6-E)

BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO, Olmedo, "El peligro antillano" en **Seminario Gráfico**, 30 de agosto de 1924.
- ARANGO DURLING, Virginia, **Introducción a los Derechos Humanos**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2000.
- ARANGO DURLING, Virginia, **La inmigración prohibida y sus prejuicios raciales**, Publipan, Panamá, 1999.
- ARANGO DURLING, Virginia, **Cuestiones básicas sobre el Sida**, Ediciones Cerro Azul, Panamá, 1995.
- ARANGO DURLING, Virginia, **Dignidad humana y Derechos Humanos**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2002.
- ARANGO DURLING, Virginia, **Derechos Humanos Colectivos**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2002.
- BERNAL DEL CASTILLO, José, **La discriminación en el derecho penal**, Editorial Comares, Granada, 1998.

www.penjurpanama.com

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, **Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho Penal**, Editorial Comares, Granada, 1999.
- CALDERON, Ángel/ CHOCLAN, José Antonio, **Derecho Penal Parte Especial**, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, Juan, **Textos básicos de Naciones Unidas**, Tecnos, Madrid, 1982.
- DIEZ CASTILLO, Luis, **Los cimarrones y los negros antillanos en Panamá**, 2ª edición, Imprenta Julio Mercado Rudas, Panamá, 1981.
- E.M.B., "Discriminación y racismo en Panamá en Panorama Católico, septiembre 9, de 2001.
- HUBNER GALLO, Jorge Iván, **Introducción al derecho**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976.
- LANDA GORASTIZA, Jan-Mirena, **La Política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal**, Edit. Comares, Granada, 2001.
- LANDECHO VELASCO, Carlos/ MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción y otros, **Curso de Derecho penal Español, Parte Especial**, Tecnos, Madrid, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo/ CARMONA SALGADO, Concepción y otros, **Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial**, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, **Derecho Penal, Parte Especial**, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- MUÑOZ PINZON, Armando, "El principio de igualdad y no discriminación en las Constituciones de la República de Panamá", en

www.penjurpanama.com

Anuario de Derecho No. 25, Centro de Investigación Jurídica, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1986.

- NACIONES UNIDAS, **Los Derechos Humanos**, Nueva York, 1998.
- Pontificia Comisión "Iustitia et Pax", **La Iglesia ante el Racismo**. Para una sociedad más fraterna, Ciudad del Vaticano, 1988.
- RAMELLA, Pablo, **Crímenes contra la humanidad**, Depalma, Editores, 1986.
- RAMELLA, Pablo, **Los derechos humanos**, Depalma, Buenos Aires, 1979.
- RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, Miguel/ FERNÁNDEZ LOPEZ, Ma. Fernanda, **Igualdad y no discriminación,** Tecnos, Madrid, 1986.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso, **Derecho Penal, Parte Especial**, Dykinson, Madrid, 2000.
- VIVES ANTÓN, T.S./ CARBONEL MATEU, J.C., **Derecho Penal, Parte Especial**, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- WESTERMAN, George, **Los inmigrantes antillanos en Panamá**, Editora La Nación, Panamá, 1980.

www.penlurpanama.com

5

EL DELITO DE GENOCIDIO

I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento por el castigo de genocidio se inicia con la solicitud y recomendación de tres Estados: Cuba, India y Panamá de la elaboración de un instrumento internacional que declarase el genocidio como delito del "Derecho de Gentes" culminando con la aprobación en forma unánime del texto presentado por el Presidente de la Comisión, el panameño Alfaro y del Ponente, el Griego Spiropulos, en la III Sesión de la Asamblea general de la O.N.U. en el Palacio de Chaillot de París, el 9 de diciembre de 1948. (Quintano Ripolles, p. 628; CANOSA, p.112)

Es importante destacar que el genocidio a pesar de ser un delito de derecho internacional, ha sido admitido por un número plural de países en el derecho interno, y este es el caso de nuestro país que a partir de 1982 lo contempla en el Código Penal.

Ahora bien, la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948 proclama que "en todos los períodos de la historia de la humanidad el genocidio ha infligido graves pérdidas a la humanidad".

En este contexto, citan los autores que en tiempos remotos se realizo el exterminio de grupos humanos por razones religiosas, raciales o étnicas; y que los más graves cometidos en nuestro siglo son el de los armenios, entre 1915 y

www.perijurpanama.com

1916, a manos de los turcos, y el de los judíos y gitanos, entre 1939 y 1945, por obra de los nazis.

También se han conocido de otros casos, de exterminio de poblaciones, por los motivos ya expuestos, tales como por ejemplo, el del Congo (1960) contra centenares de Balubas, en Burundi (1965) contra los hutus, el de Paraguay (1970 – 74) contra los indios Achés, el de Uganda durante el régimen de Idi Amin (1971 –1978), en Sri Lanka (1986) contra el grupo Tamil, el de ex Yugoslavia, el de Ruanda, y recientemente los medios hablan de una "limpieza étnica" en Samanshki, Chechenia.

En el caso del conflicto de Bosnia-Herzegovina en la antigua ex Yugoslavia se determinó que se empleó por medio de los serbios "la limpieza étnica" contra los croatas como medio para ocupar territorios, se destacan violaciones a la dignidad humana, torturas, así como destrucción a catedrales ortodoxas y episcopales, todo lo cual llevo a la creación de un tribunal internacional para juzgar dichos crímenes.

En cuanto a Ruanda, la población constituida por tres grupos étnicos, evidenció innumerables masacres protagonizadas en los últimos 45 años, aunque no es hasta 1994, cuando se agrava la situación en la cual los tutsis han muerto a manos de los hutus.

www.penlurpanama.com

II. NOCIONES GENERALES

A. Concepto

El término "genocidio" (de la palabra griega "raza, clan y del sufijo latino "caedes" muerte) significa de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el "exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivo de raza, religión o de política".

El genocidio que careció de definición y denominación en un principio, (Jiménez De Asúa, p.1167; Varella Feijoo, p. 114, Quintano Ripolles, p. 626 y sgts.) logró sustantividad plena e independencia material al propugnar e idear esta denominación su autor Rafael Lemkin, Jurista polaco americano en 1944. (Cuello Calon, p.32; Rodríguez Devesa, p. 603; Canosa, p.113)

De acuerdo a LEMKIN "el crimen de genocidio es un crimen especial consistente en destruir intencionalmente grupos humanos raciales, religiosos nacionales, y como el homicidio singular puede ser cometido tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, serán crímenes de guerra, y si se comete contra los propios súbditos, crímenes contra la humanidad. El crimen de genocidio hallase compuesto por varios actos subordinados todos al dolo específico de destruir un grupo humano". (Quintano Ripolles, p. 626)

En el Estatuto de Londres de 6 de agosto de 1946, que constituyó el Tribunal Militar de Nuremberg se conceptúo como "crímenes contra la humanidad, esto es, el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano, cometido contra las poblaciones civiles, antes o durante la guerra o bien las persecuciones por motivos políticos o religiosos, cuando estos actos o persecuciones constituyan o no una violación del Derecho Internacional de los países en que hayan sido provocados, están conectados con cualquier de los crímenes que correspondan a la jurisdicción del tribunal". (Quintano Ripolles, p. 626)

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 96 11 de diciembre de 1946 declaró que: el genocidio es la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros de la misma manera que el homicidio es la negación de dichos derechos a la persona individual, tal negación trastorna y escandaliza a la conciencia humana, inflinge graves pérdidas a la humanidad que se ve privada de las aportaciones

www.penjurpanama.com

culturales y contraría a la ley moral, así como al espíritu y a los fines de las Naciones Unidas".

El vocablo "genocidio" como vemos adquirió popularidad (en particular en los debates de Nuremberg) hecho que se concretizó al aprobar la Asamblea General de las Naciones Unidas el de 9 de diciembre de 1948, la Convención sobre prevención y sanción del genocidio.

Así tenemos que en el ámbito internacional el artículo 2º de la Convención de 1948: "se entiende por genocidio cualquiera de los actos que a continuación se determinan, cometidos con la intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional, étnico, racial o religioso, tales como: a) Homicidios de miembros del grupo; b) Atentados graves a la integridad física y mental de miembros del grupo: c) Sumisión intencional del grupo o condiciones de existencia que lleven a su destrucción física total o parcial; d) Medidas que tengan por objeto impedir los nacimientos de un grupo u otro".

En lo que respecta al ordenamiento jurídico panameño, el concepto legal de genocidio lo hallamos en el artículo 311 que a continuación dispone:

"El que tome parte en la destrucción total o parcial, de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política, será sancionado con prisión de quince a veinte años.

En la misma sanción incurrirá quien para destruir total o parcialmente un determinado grupo de personas realice alguno de los hechos siguiente:

1. Causar a los miembros de esos grupos daños corporales o psíquicos.
2. Colocar a dichos grupos en condiciones precarias.
3. Impedir los nacimientos.
4. Trasladar por la fuerza o intimidación a niños de uno de esos grupos a otros distintos".

www.penjurpanama.com

Del contenido de lo antes expuesto se desprende que el concepto de genocidio en el Derecho Internacional coincide con la definición legal descrita en el Código Penal Panameño, a excepción de que la nuestra, además de hacer referencia al genocidio biológico y físico, incluye otras formas de genocidio. (Beltrán Ballestero, p. 33)

B. Clases de Genocidio

Al estudiar el delito de Genocidio hemos podido apreciar que se distinguen diversas formas o categorías del mismo: Genocidio Político, Cultural, Físico y Biológico, aunque se advierte que la Convención así como diversas legislaciones solo aluden al genocidio físico y biológico.

1. Genocidio Físico

Por "genocidio físico" debemos entender la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política, en la cual el autor da muerte o causa lesiones corporales o síquicas a grupo o grupos de personas.

De acuerdo a CANOSA "constituye genocidio físico aquellos actos que producen la muerte o lesiones en algunos de los miembros del grupo. No sólo se debe entender por genocidio la muerte dada a los miembros de determinados grupos humanos, sino también el atentado a su integridad física, el sometimiento a condiciones de vida capaces de causar la muerte". (p. 127)

2. Genocidio Biológico

En el genocidio biológico a diferencia del anterior, el móvil del delito es "colocar a dichos grupos en condiciones precarias, en impedir los

www.penjurpanama.com

nacimientos, o trasladar por la fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos distintos". (canosa, p. 127)

El Genocidio Biológico consiste "en evitar por cualquier medio, la reproducción del grupo, lo que puede producirse por actos contra la integridad física, como la castración, o bien por medios antiprocreativos realizados en personas, núbiles, bien endógenos, como la esterilización, o exógenos, como el uso obligado de anticonceptivos o suprimiendo la vida intrauterina, como el aborto, finalmente, evitando uniones por la separación de ambos sexos, o la prohibición de contraer matrimonio entre mujeres y hombres, que por sus creencias no admiten embarazos extra nupciales". (Beltrán Ballester, p. 128)

3. Genocidio Cultural

Esta forma de genocidio inicialmente la incluye LEMKIN en el Proyecto de elaboración del Convenio Antigenocida, sin embargo, más tarde fue eliminado del texto.

De acuerdo con el – Proyecto de Secretario el genocidio cultural comprendía: tras forzado de niños a otros grupos humanos: b) prohibición del uso del idioma nacional aún en las relaciones privadas; c) destrucción sistemática de monumentos históricos o religiosos y objetos de artes. (Jiménez De Asúa, p. 1168)

Por otro lado, el Proyecto de Comisión Ad-Hoc en el artículo III lo definía como: a) la prohibición del uso del idioma del grupo; b) la destrucción o impedimento del uso de bibliotecas, museos, escuelas, monumentos y otras instituciones u objetos culturales del grupo".

Finalmente, señala CANOSA que el genocidio cultural constituye el ataque a los valores culturales de los grupos tutelados". (Canosa, p. 128)

www.penjurpanama.com

4. Genocidio Político

El Genocidio político o de grupos políticos es aquel que se realiza con la finalidad de destruir el grupo o grupo de personas por razones de su creencia o ideas políticas.

Si bien en principio se incluyó en el Proyecto de Secretariado de la Convención de Genocidio, posteriormente fue borrado del mismo por considerar que carecía de la cohesión y permanencia de los grupos caracterizados. (Canosa, p. 100)

5. El Genocidio en la legislación Panameña.

Del análisis anterior, podemos observar que nuestro código incrimina el genocidio Biológico, Físico y Político, tal como se desprende del artículo 311 del Código Penal.

C. Ubicación del delito de Genocidio

El Genocidio es una figura que aparece incriminada en el Derecho Interno de los estados y en el Derecho Internacional.

Así vemos, que en lo que respecta al Derecho Internacional, el Genocidio, es un delito contra el derecho de gentes, según se desprende del preámbulo y contenido de la Convención de 9 de diciembre de 1948 (artículo 1º)

En la Convención se determina el concepto de “Genocidio” (artículo II); los actos que serán castigados (Art. III) el procedimiento para la aplicación de las sanciones (Art. VI), la no consideración como delito político para efectos de extradición (Art. VII), y otras normas de carácter general.

www.penjurpanama.com

En cuanto al derecho interno de los estados de la comunidad internacional, esta figura aparece dentro de la rúbrica de “Delitos contra los Derechos de Gentes” o “Delitos contra el Derecho Internacional”, y en el orden interno panameño dentro de “delitos contra la Comunidad Internacional” (Capitulo III) del Título IX “Delitos contra la Personalidad Jurídica del Estado”.

El delito bajo estudio es una figura nueva en el Código Penal Panameño introducida a partir del Código Penal de 1982, incluida a nuestro modo de ver para dar cumplimiento al Convenio sobre prevención y sanción del delito de Genocidio, aprobado por Panamá mediante Ley No. 32 de 5 diciembre de 1949.

La inclusión de este hecho en los Delitos contra la Comunidad Internacional es significativa ya que se reconocen varios principios sobre derechos humanos contenidos en la Carta Política Panameña de 1972 como son entre otros: el Principio de Igualdad ante la Ley (Art. 20); la Igualdad de Protección Legal (Art. 17), el Derecho a la Vida (Art. 30) No. 2. (Arango Durling, Estudios de Derecho Constitucional panameño, 1987, p. 293; además Informaciones Jurídicas No. 24, 1986, p.21 y sgts.)

Finalmente, cabe destacar, que como consecuencia de la adopción de esta norma el Código Penal Panameño protege valores o intereses individuales que constituyen un interés de la comunidad internacional.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El delito de genocidio reviste características especiales en las que se halla una multiplicidad o pluralidad de bienes jurídicos tutelados por la misma.

www.penurpanama.com

En ese sentido, siguiendo la ubicación del delito en nuestra legislación se protege la Personalidad Jurídica del Estado contra los actos que pongan en peligro su seguridad exterior, relaciones internacionales (Arango, Boletín No.22 p20) así como también la Comunidad Internacional puesto que estas acciones atentan contra los intereses comunes de la misma.

Pero al lado de tal objetividad jurídica, hay otros bienes jurídicos en la que de acuerdo a CUELLO CALON (p.32) "se manifiestan en tres principales tendencias: una muy reducida, los limita a la exterminación racial, atentados contra la vida, la integridad corporal, la salud y la libertad, la tercera de gran extensión, comprende los ataques contra los derechos del hombre o contra sus derechos esenciales, vida integridad, corporal, salud, libertad individual, derecho a fundar familia, el trabajo, libre debidamente remunerado, etc".

No obstante lo anterior, conviene señalar que la doctrina mayoritaria expresa que la objetividad jurídica de esta figura es la "existencia y supervivencia del grupo humano".

En efecto, señala MUÑOZ CONDE (p.50) es la "existencia de grupo o grupos humanos de cualquiera que sea su raza, religión, etc, el suscrito ideológico de este bien jurídico es el reconocimiento del pluralismo universal de las religiones, razas etnias, del nivel de igualdad en que todos se encuentran".

De igual forma coincide CANOSA (p. 132) al expresar que el objeto jurídico de la tutela del delito de genocidio es "el derecho a la existencia de que corresponde a cualquier colectividad nacional, étnica, racial o religiosa".
Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA (p. 606) estima que estamos ante "un bien jurídico supraindividual e interestatal que el sujeto no es nunca una persona física, sino el grupo como tal la colectividad, y porque rebasa las fronteras estatales", de allí que trascienda de la esfera individual para

www.penjurpanama.com

convertirse en un bien comunitario, puesto que se afectan toda la humanidad". (Varela Feijoo, p.129)

IV. CUESIONES FUNDAMENALTES SOBRE EL DELITO DE GENOCIDIO

A. Los sujetos del delito: Activo y Pasivo

Sujeto activo del genocidio es aquel que toma parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política, así como también el que realice cualquiera de los hechos previstos en el segundo párrafo del Art. 311 que consisten en causar daños físicas o psíquicos, colocar a dichos grupos en condiciones precarias, impedir los nacimientos y trasladar por la fuerza o intimidación, niños de esos grupos a otros distintos.

Se trata de un delito común, que puede ser ejecutado por personas naturales, servidores públicos, gobernantes, etc., de manera que queden excluidas las personas jurídicas, morales, el Estado, las colectividades, etc., aunque siguiendo la Convención , en su Art. IV incluye como sujetos activos de este delito a los "gobernantes, funcionarios, o particulares", de tal forma que como opina SAENZ DE PIPAON Y MENGS (p.131) "se prescinde de las clásicas inmunidades y consiguientes privilegios, de manera que los gobernantes y funcionarios, sea cual fuera su jerarquía quedan equiparados a los particulares y sometidos a las prescripciones del Derecho Penal en la misma medida que estos, salvo que sean constitucionalmente responsables".

Para terminar, interesa destacar que si bien la doctrina penal coinciden en que las colectividades y el Estado no pueden ser sujetos del delito, sin embargo, "sobre la base de la experiencia, creemos que no es ningún error de

www.peruprograma.com

la perspectiva el considerar el genocidio en la mayoría de sus manifestaciones como acto de soberanía criminal, puesto, que reiteramos, sería difícil concebirlo sin al menos, la tolerancia estatal el apoyo de una organización patente y compleja vinculada al aparato de la Administración". (Sáenz de Pipaon y Mengs, p.132)

Por otro lado, al examinar el sujeto pasivo, es fácil advertir que es múltiple, ya que siguiendo nuestra legislación vendrá a ser la Comunidad Internacional, y el Estado panameño puesto que esta figura pone en peligro las relaciones Internacionales del Estado Panameño y vulnera los valores de la Comunidad Internacional.

En este sentido, ha señalado VARELA FEIJOO (p. 132) refiriéndose a la legislación española que el sujeto pasivo mediato y permanente es la Comunidad Internacional, pero esto es compatible con la existencia de otros sujetos pasivos inmediatos que serían los "Individuos o los grupos humanos".

En opinión de BELTRÁN BALLESTER (p.42) concurren en el delito de genocidio el sujeto pasivo inmediato que no es otro que la persona humana y sujeto pasivo mediato remoto, que constituye el grupo en cada caso (sujeto pasivo mediato) y finalmente la Humanidad (sujeto pasivo remoto).

Es indiscutible entonces, que se da una pluralidad de sujetos pasivos en esta figura, sin embargo, a nuestro modo de ver la incriminación de este delito tiene como fin primordial proteger a un grupo determinado de seres humanos o de personas.

Es esta última tesis, la que la doctrina mayoritaria del derecho penal ha coincidido, y en este sentido ha señalado SÁENZ DE PIPAON y MENGS (p.130) que "sólo grupos nacionales étnicos raciales y religiosos, y que la persona individualmente considerada sólo ofrece a la Convención un interés indirecto: la víctima colectiva se hace a través de la víctima individual".

www.penlurpanama.com

Respecto al sujeto pasivo, resulta necesario también destacar que, se discute en la doctrina sobre si el delito se integra con la destrucción de una sola víctima o con una pluralidad de víctimas pertenecientes a un grupo determinado.

En opinión de CANOSA (p.132), siguiendo a la convención la expresión plural" da por sentado que una sola muerte no constituye genocidio" mientras que FRAGOSO (p.87) por su parte, anota que "pude configurarse el delito aunque una sola sea la víctima, desde que está comprendido, en forma impersonal como miembro de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Partidario de esta última opinión es también QUINTANO RIPOLLES (p.647) para quien la "pertenencia al grupo racial, nacional o religioso era objetivamente la ratio essendi de la infracción de lesa humanidad no el grupo mismo, por lo que el ataque a un solo individuo, de el por su misma calidad y en presencia de los demás factores previstos puede entrañar su absoluta perfección jurídica".

Para concluir, también concurre la calidad de sujeto pasivo, en lo que respecta a nuestra legislación, las personas que pertenecen a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

www.penjurpanama.com

B. La Conducta Típica

1. Determinaciones previas

La acción castigada por el legislador consiste en destruir total o parcialmente un determinado grupo de seres humanos por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política, que comprenden varias hipótesis que a continuación presentamos:

- Tomar parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacional, raza o creencia religiosa o política.
- Causar a los miembros de esos grupos, daños corporales o psíquicos, con la finalidad de destruir total o parcialmente los mismos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política.
- Colocar a dichos miembros en condiciones precarias para destruir total o parcialmente a los mismos, por los motivos ya señalados.
- Impedir los nacimientos.
- Trasladar por la fuerza o intimidación niños de unos de esos grupos a otros distintos, para destruirlos, y por los motivos ya señalados.

Por su parte, la Convención en el artículo II tipifica como genocidio lo siguiente: a) causar muerte de integridad física y mental de los miembros del grupo; b) atentados graves contra la integridad física y mental de los miembros; c) sometimiento internacional del grupo o condiciones de existencia que la lleven a su destrucción física, total o parcial; d) medidas impuesta para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo; e) transferencia forzada de niños de un grupo a otro".

2. Los comportamientos en particular

a) Tomar parte en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacional, raza o creencia religiosa o política.

La conducta en esta hipótesis consiste en "tomar parte" que de acuerdo a GIMBERNAT (p. 95) quiere decir por consiguiente intervenir en el hecho llevando a cabo una parte de ese todo que es la ejecución, esto es: intervenir realizando un acto ejecutivo".

www.penurpanama.com

El Código describe la conducta bajo la expresión “tomar parte” de forma tal que se castigue la intervención de todas las personas en el delito de genocidio, excluyéndose por tanto las formas de participación criminal.

En este sentido debe recordarse que nuestro legislador al definir la complicidad primaria señala que son los que toman parte en la realización del hecho punible”, de manera que nos encontramos ante una forma de participación criminal elevada a categoría de delito.

En cuanto a la conducta es posible la causación de resultado punible mediante actos positivos, sin embargo, en la práctica, es muy distinto la producción del genocidio por actos negativos (omisivos) ya que estos generalmente se orienta hacia la destrucción total o parcial de los grupos a través de actos positivos.

Para finalizar, es preciso reconocer que los medios utilizados para la destrucción total o parcial de esos grupos de seres humanos puede ser de diversa naturaleza, pues se admite cualquier para tal fin.

www.penjurpanama.com

b) Causar a los miembros de esos grupos, daños corporales o psíquicos, con la finalidad de destruir total o parcialmente los mismos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política.

En esa hipótesis la conducta punible está descrita por el verbo rector “Causar” y la misma consiste en “causar a los miembros de esos grupos daños corporales o síquicos”.

Por causar a los miembros de esos grupos daños corporales síquicos debe entenderse que el agente va a producirle a esos grupos daños corporales y síquicos, es decir, daños, contra su integridad física o contribuirán a la destrucción total o parcial del mismo, finalidad específica del delito de genocidio.

Por otra parte, en cuanto a los medios de comisión el legislador no determina el procedimiento o el método a ser empleado para obtener el sujeto el fin deseado en la ejecución de este hecho delictivo, de tal forma, que cualquier medio idóneo es admisible.

c) Colocar a dichos miembros en condiciones precarias para destruir total o parcialmente a los mismos, por los motivos ya señalados.

Nuestro Código tipifica en este caso como conducta delictiva del delito de genocidio al colocar a dichos miembros en condiciones precarias para destruir total o parcialmente a los mismos por razón de su nacionalidad . . . etc.

En otras legislaciones como la española, la conducta se equipara a "someter al grupo a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud".

En este sentido señala CANOSA (p.133) que "sometimiento aquí significa avasallar, sojuzgar o dominar violentamente. No es el modo de obrar sino el fin de destrucción lo que constituye el elemento distintivo del genocidio".

En lo que respecta a nuestra legislación, por "colocar en condiciones precarias" debemos entender al exponer a los miembros de estos grupos a aquellas situaciones en donde su vida o salud se vea amenazada o en peligro por faltarle lo necesario para coexistir.

En este sentido, puede considerarse como elementos indispensables para coexistencia, la alimentación, la vivienda adecuada, el vestido, la higiene o atención médica, el trabajo adecuado. (Sáenz de Pipaon y Mengs, p. 146)

De lo antes expuesto, se desprende que se coloca a los miembros, del grupo en condiciones precarias destruyéndoles total o parcialmente cuando se le priva de la alimentación o vivienda adecuada, del vestido, la higiene, etc.

www.penjurpanama.com

En cuanto al texto convencional con respecto a esta conducta se refiere como el "sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que le lleven a la destrucción física, total o parcial" de manera que como se observa en nuestra legislación se protege a los miembros de estos grupos en un sentido amplio, abarcando tanto la salud física como la mental, o la vida de los mismos.

Por otra parte, reiteramos lo antes expuesto en cuanto a que estamos ante conductas que pueden ejecutarse positivamente o negativamente (Sáenz de Pipaon y Mengs, p.159) y en cuanto a los medios de ejecución del delito la conducta es susceptible de realizarse por cualquier medio calificado que sirva para colocar o parcial.

Finalmente, constituye esta modalidad un delito permanente, ya que su consumación se prolonga en el tiempo.

d) Impedir los nacimientos para destruir total o parcialmente a los miembros de estos grupos nacionales, religiosos o políticos, etc.

En el artículo 2º letra d) de la Convención se sancionan las "medidas impuestas para entorpecer los nacimientos en el seno del grupo", elemento recogido de nuestra legislación se refiere a "impedir los nacimientos para destruir total o parcialmente a los miembros del grupo por los motivos ya expuestos.

Estamos en presencia del llamado "Genocidio Biológico", que consiste en "impedir los nacimientos" que quiere decir obstaculizar, evitar o frenar por cualquier medio la producción de grupo, es decir, "se trata de medidas que impiden el desarrollo normal de los nacimientos en el seno del grupo y que llevan, por tanto a su paulatina destrucción". (Sáenz de Pipaon y Mengs, p. 157)

www.penjurpanama.com

Decíamos en otro lugar que estas conductas son realizables por comisión y por omisión, aún cuando en este último supuesto no pudiera parecer posible en la práctica.

En cuanto a los medios de ejecución del delito bajo examen, ni el texto convencional, ni el Código Penal lo determinan, de manera que puede realizarse por grupos. Estos actos, sin embargo, generalmente consisten en esterilizaciones, imposición de anticonceptivos, legalización de aborto coactivo, castración, restricciones para contraer matrimonio, segregación de sexos, etc. (Rodríguez Devesa, p. 160)

e) Trasladar por la fuerza o intimidación niños de uno de esos grupos a otros distintos, para destruirlos total o parcialmente, por razón de nacionalidad, raza, creencia religiosa o política.

El Código Penal contempla esta modalidad de la conducta que consiste en "trasladar por la fuerza o intimidación niños de uno de esos grupos a otros distintos para destruirlos total o parcialmente por razón de nacionalidad, raza, creencias religiosas o políticas", a lo que alude la Convención como "transferencia forzada de niños de un grupo a otro".

Por "trasladar a la fuerza o intimidación, niños de un de esos grupos a otros distintos" implica el transportar a los niños miembros de estos grupos ejerciendo la coacción y las amenazas es decir mudarlos de un grupo a otro grupo distinto contra la voluntad de ellos o de quien ejerza la patria potestad, tutela o cúratela, con la finalidad de lograr la destrucción total o parcial de los miembros de estos grupos determinados.

Afirma CANOSA (p.134) que la admisión de este supuesto se fundamenta "en que la transferencia forzada de niños de un grupo a otro puede dar lugar a trastornos físicos o sicológicos capaces de causar la muerte, aunque los niños se sometan a iguales o mejores condiciones de vida que las de antes

www.penjurpanama.com

de su traslado, pues lo que interesa es destruir al grupo. Si ocurre con adultos, no constituye genocidio, será un atentado contra la dignidad o contra la libertad".

En la presente modalidad delictiva las acciones son realizadas por comisión o por omisión, y a diferencia de la hipótesis ya estudiadas los medios de ejecución del delito están expresamente enunciados cuando dice que es "la fuerza o la intimidación" la forma de realizar el traslado de niños. Lo antes significa que el traslado sin la fuerza o la intimidación (a excepción de aquellos casos en que la voluntad está viciada) son conducta atípicas.

A este respecto ha afirmado SÁENZ DE PIPAON y MENGS (p. 146) que el "carácter forzado de dicha trasferencia no se limita a aquellos casos en que la voluntariedad de los sujetos transferidos aparezca viciada por cualquier elemento extraño a los componentes, normales de toda decisión".

C. El Objeto Material

En la figura bajo análisis el objeto material es "el grupo humano por un lado, y es la persona individual por otro". De ahí que podrá reunir aquella condición cualquier persona física en cuanto sea miembro de un grupo nacional, racial étnico o religioso". (Peña Cabrera, p.83)

D. Tipo Subjetivo

PEÑA CABRERA(p.83) estima que el "agente debe buscar, mediante cualquier medio, no la muerte, lesión, exterminio de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, orientando la conducta genocida contra los miembros del grupo, considerándolos como tal .Matar negros judíos por motivos personales u ofensas no constituye genocidio. Pero matar a negros o judíos por razón de

www.penjurpanama.com

su raza, color o religión con el propósito de buscar su exterminio sí constituye esa modalidad criminal".

Estimamos que el dolo es directo, no eventual(Serrano Gomez, p.1018) ya que el dolo no es sino el propósito de atentar contra la persona en razón de su pertenencia a un grupo humano determinado que se desea destruir o eliminar". (Varela Feijoo, p. 135)

De igual forma han coincidido RODRÍGUEZ DEVESA (p. 610), CUELLO CALON (p.35) en cuanto al dolo específico consiste en destruir total o parcialmente a un grupo determinado nacional, étnico, racial o religioso.

En lo que respecta a la culpa el delito de genocidio en nuestra legislación es inadmisible, criterio compartido por la doctrina mayoritaria, de (Sáenz Pipaon y Mengs, p.180), aunque, no han faltado autores como QUINTANO RIPOLLES (p.653) que formulen que "nada impediría una estimativa culposa, posibles en quien no adoptando las medidas cautelares que la prudencia aconseja para prevenir la infracción previsible, la provoca por su conducta negligente.

www.penurpanama.com

E. Antijuricidad y Culpabilidad

El genocidio como delito de lesa humanidad y de derecho internacional ha planteado discusiones en torno a la admisibilidad de causas de justificación, en particular, del estado de necesidad y de la obediencia debida, esta última que ha sido recurrida frecuentemente por los tantos autores de delito de genocidio a fin de obtener la exculpación de los defendidos. (López de la Biseca, p.182)

La denominada obediencia ciega ha sido totalmente excluida, y en general, se sosteiene que son los tribunales la que deberan apreciarla, aunque se parta de la premisa que la orden no excusa, sino mas bien atenua, tal como lo plantearon los tribunales miliares inernacionales de nuremberg.

"En definitiva, el principio de responsabilidad penal individual pevalece sob re el concepto de la defenssa basad en ordenes superiores, anque no agota ni excluye la posible responsabilidad colectiva de un Estado frente a las victimas que incluye en ocasiones el deber de reparar lso daños y perjuicios,a si como otgras formas de resposabilidad. (Antonio Blanc Altemir, la violacion de los derechos humanos, p,.203)

En lo que respecta al error de prohibición en sus diversas manifestaciones, hemos de llegar a la conclusión de que es inaceptable.

F. Consumación y Tentativa

El momento consumativo del delito de genocidio se presenta de diversos modos como consecuencia de que la norma describe distintas modalidades de la conducta de la presente figura. Así tenemos que la consumación ocurre en los siguientes supuestos:

b. En la conducta de "tomar parte" en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política.

La consumación se produce cuando se destruye total o parcialmente a todos o algunos de los miembros de estos grupos. De esta manera el genocidio se consuma con la muerte de uno de los componenes del grupo. (Lamarca Pérez, p.732).

www.penjurpanama.com

En lo que respecta a colocar a dichos grupos en condiciones precarias, el momento consumativo coincide con colocar dichos grupos en condiciones precarias para su existencia, mientras que en los otros supuestos se da cuando se causa a los miembros de esos grupos daños corporales o psíquicos o mediante la cuando se impiden los nacimientos aplicación de medidas destinadas a exterminarlos

Sobre el momento en que ocurre cuando se traslada por la fuerza o intimidación niños de uno de esos grupos a otros distintos, es inmediato cuando a través de ello se, causan trastornos sicológicos o físicos que puedan dar lugar a su destrucción.

La tentativa es admisible en todas las modalidades a excepción de la conducta de impedir los nacimientos, aunque a nivel internacional, la Convención sea partidaria de ello.

G. Autoría y Participación Criminal

Son autores del delito de Genocidio los que "toman parte", causen daños corporales, coloquen en situaciones precarias, impidan nacimientos, trasladen por fuerza o intimidación a todos o parte de los miembros de un grupo determinado con la finalidad de destruir total o parcialmente, por razones de orden político, religioso, social, o nacionalidad.

Frente a la conducta de "tomar parte" hay que señalar que las formas de participación criminal (complicidad o instigación) son inadmisibles, ya que como señalamos previamente esta conducta constituye una forma de participación criminal elevada a autoría.

Respecto a las otras modalidades, no cabe la menor duda, que la inducción y las distintas formas de complicidad (primaria y secundaria) son factibles. En esta hipótesis, es fácil imaginarse al individuo que induce o

www.penlurpanama.com

persuade al autor del delito a ejecutar cualquiera de las acciones descritas en el artículo 311.

En este sentido señala GIMBERNAT (p.189) que "la actividad de Hitler y de aquellos en quienes surgió la idea del genocidio y la forma de llevarlo a cabo, convenciendo a otros para que lo ejecutaran y establecieran el aparato que el delito exigía, ha de ser calificada de inducción. En los resultados, esta solución es satisfactoria, ya que el inductor es castigado con la misma pena del autor material. . . No obstante, decir que Hitler y Himmler fueron meros inductores en un delito que, se mire por donde se mire, fue "su" obra, parece – aunque a efectos de penalidad no tengan trascendencia – una calificación poco adecuada, poco exacta, si se piensa en el papel que ambos desempeñaron.

En lo que respecta a la complicidad, ha indicado GIMBERNAT que la calificación de cómplices los tienen los miembros intermedios que van transmitiendo la orden de muerte. Así en "el caso del genocidio y a pesar de que la situación fáctica es sumamente peculiar y confusa, creo que hay que decir así: Hitler y algunos otros jerarcas nazis son inductores de todos los delitos cometidos dentro del marco de la llamada solución final de la cuestión judía. Era voluntad del llamado "Fuhrer" o de algún otro nazi prominente como Himler la que determinaba a los miembros del aparato a actuar. El ejecutor no actuaba porque si lo dijese al sargento que la transmitía la orden; sino porque sabía que esta correspondía a la voluntad de Hitler; es más, si este sargento, por su propia cuenta hubiese dispuesto la comisión de asesinatos "fuera del plan" (de enemigos personales suyos, por ejemplo) es probable que el autor material se hubiese negado a actuar, y si hubiese cumplido esa orden, entonces, si que habría que considerar a ese hipotético sargento el inductor de esos asesinatos concretos". (Gimbernat, p. 191- 192)

www.penjurpanama.com

H. Consecuencias Jurídicas

La pena prevista para el genocidio, es de prisión de quince a veinte años, y en algunas legislaciones se ha indicado que el mismo no prescribe.

El concurso de leyes puede presentarse cuando se trate de un solo acto contra la vida e integridad personal de una persona(frente al delito de lesiones u homicidio), mientras que si los actos de genocidio se dirigen a varias personas, se concreta el genocidio. (Rodrigue Devesa, p.666)

También se ha indicado que si además de lesionar se mata, no hay dos genocidios, sino un solo delito, las lesiones vienen en concurso con el genocidio.

En efecto, se sostiene que se presenta un concurso ideal, en el supuesto de que el genocidio traiga consigo varias victimas, o sea un único delito de genocidio que concursara con los correspondientes delitos comunes (Suárez-Mira Rodríguez, p.657)

www.penjurpanama.com

NOTAS

Arango Durling, Virginia, "Derechos civiles y constitución" en Boletín de Informaciones Jurídicas No. 23, julio – diciembre, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1985, p. 49 – 60; Arango Durling, Virginia, Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Panamá" en Boletín de Informaciones Jurídicas No. 24, enero – junio, 1986, p. 25 y sgts; Arango Durling, Virginia, "El principio de Igualdad y No discriminación" en Estudios de Derecho Constitucional panameño, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1987, p.293; Arango Durling, Virginia, "El párrafo primero del art. 310 del Código Penal" Boletín de Informaciones Jurídicas No, 20, julio – dic. 1984; Beltrán Ballester, Enrique, "El delito de genocidio" en Cuadernos de Política criminal, Madrid, 1978; Blanc Altemir, Antonio, La violación de los derechos humanos fundamentales como crimen internacional, Bosch, casa editorial, Barcelona,1990; Calderon, Angel/ Choclan, José Antonio, Derecho penal, Parte Especial, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1999; Canosa, María José, "El delito de genocidio" en Revista de

la Facultad de Derecho No. 34, Universidad Católica Andrés Bello, julio, 1986; Cuello Calon, Eugenio, Derecho Penal, Parte Especial (Revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), Tomo II, Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1975; Fragoso, Heleno, Licoes de Direto Penal, Parte Especial, Forense, Río de Janeiro, 1981; Gil Gil, Alicia, El genocidio y otros crímenes internacionales, Colección Interciencias, Artes Gráficas Soler, Valencia, 1999; Gimbernat, Enrique, Autor y cómplice en el Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1966; Gomez Lopez, Jesús orlando, la obediencia jerárquica y la inviolabilidad de los derechos humanos. Ediciones doctrina y ley, Santa Fe de Bogota,1998; Jiménez De Asua, Luis, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Editorial Losada, Buenos Aires, 1964; Jiménez De Asua, Luis, El caso del genocidio en la Antigua Ex Yugoslavia y Ruanda (1994) o los Tribunales internacionales y el camino hacia la Corte Penal Internacional; Lamarca Perez, Carmen(Coordinadora), Manual de Derecho penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2001; Lopez De La Biseca, Evaristo, el delito de genocidio. Consideraciones penales y criminológicas, edersa, Madrid,1999; Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia,1996; Muñoz Pope, Carlos, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1985; Muñoz Rubio, Campo Elías/ Guerra De Villalaz, Aura, Derecho Penal Panameño, 2ª. Edición, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, p. 223; Peña Cabrera, Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte Especial, Vol. II, 4ª. Edición, Sesater, S. A., Lima, 1982; Quintano Ripolles, Antonio, Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, Tomo I, Instituto Francisco de Victoria, Madrid, 1956; Rodríguez Devesa, José Ma./ Serrano Gomez, Alfonso, Derecho Penal, Parte Especial, 19 edición, Dykinson,, Madrid, 1995; Saenz De Pipaon y Mengs, Delincuencia política criminal. Especial consideración al delito de Genocidio, Instituto de Criminología de Madrid, Madrid, 1973; Serrano Gomez, Alfonso, Derecho penal, parte Especial, 5ª edición, dykinson, Madrid, 2000; Suareaz-Mira Rodríguez, Carlos(Coodinador) Manual de Derecho penal, parte Especial, Tomo II, Thompson-Civitas, Madrid, 2003; Varella Feijoo, Jacobo, “El delito de genocidio” en Temas penales, Universidad Santiago de Compostela, Santiago, 1973.

www.penjurpanama.com

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN OCASIÓN DE CONFLICTO ARMADO EN EL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL REVISADO DE 1999.

I. Planteamiento

El art. 372 del Anteproyecto de Código Penal Revisado de 1999, introduce en el Capítulo IV "Del Genocidio", un delito de trascendencia internacional y de Derecho humanitario, denominado "Delitos contra las personas y bienes protegidos en ocasión de conflicto armado, siguiendo los lineamientos modernos en materia de política criminal, en la que el derecho interno se ocupa de sancionar conductas consagradas en normas de derecho internacional de derechos humanos y derecho humanitario

En ese sentido, es apreciable en el derecho comparado su incorporación bajo distintas denominaciones, de una manera amplia, y sin especificación alguna, como "Delitos contra los deberes de Humanidad"(Guatemala),o simplemente delitos contra las personas o bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Los delitos citados carecen de precedente en la legislación penal patria y sin duda alguna responden a criterio de política criminal moderna de castigar en el derecho interno acciones recogidas en Convenios y tratados internacionales de derecho humanitario aprobados y ratificados por la República de Panamá, lo que presupone que para efectos de la comprensión de la legislación sancionadora nacional, sea necesario complementarla con las normas humanitarias antes señaladas.

www.penjurpanama.com

Con toda razón, ha indicado la doctrina que la normativa bajo examen, hace remisión expresa o tácita a la normativa internacional, lo cual confiere a las normas penales una naturaleza incompleta, recurso que suscita las habituales objeciones desde el punto de vista del principio de legalidad y de las dificultades del conocimiento del Derecho, que pueden generar situaciones de error que cabe contemplar con cierta preocupación en esta clase de delitos (cfr: Jose Maria Tamarit Sumalla, **Comentarios**, p.1276).

Ahora bien, a nuestro modo de ver la ubicación de estos hechos bajo el epígrafe del delito de Genocidio, no es la apropiada, de manera que sea recomendable que se ubique dentro del capítulo de los "Delitos contra la Comunidad Internacional", o en un capítulo por separado como ha ocurrido en otras legislaciones que tomando en consideración estos hechos los ubican como "Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario".

Por otro lado, la norma contempla una variedad de hechos que en un sentido general se presentan en los conflictos armados, sin ningún tipo de individualización, de ahí que no exista un orden de preferencia, con respecto a los bienes que desea tutela el legislador en estos supuestos.

En ese sentido, hubiera sido preferible determinar quienes son las "personas protegidas" y cuales son los "bienes protegidos", en ocasión de conflicto armado, siguiendo las directrices de derecho humanitario, y por otro lado, desarrollarlas de una manera más clara y precisa, y estableciendo a su vez un orden de prioridad en cuanto a los bienes jurídicos que la norma desea tutelar.

Con toda razón, resulta más lógica la postura legislativa del Código Penal Español de 1995, que en los arts. 608 y sgts., luego de determinar el concepto de "personas protegidas", específicamente, incrimina estos hechos,

www.penjurpanama.com

partiendo de “ataques a la vida, la salud o la integridad de personas protegidas”, por el “Uso de métodos o medios de combate prohibidos”, por “Ataques a la población civil, violación de normas de derecho internacional y sobre prisioneros de guerra”, Infracciones graves y actos contarios al Derecho Internacional humanitario., Ataques, represalias y actos de hostilidad sobre bienes culturales o lugares de culto, obras o instalaciones, y por último, actos contrarios a los tratados internacionales.

Finalmente, debe tenerse presente que el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, determina en su preámbulo que es “deber del Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales”, y que considera como crímenes de lesa humanidad, el encarcelamiento u otra privación de libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional, la persecución de un grupo o colectividad por motivos políticos, raciales, nacionales, culturales, religiosos, o por otros motivos, el crimen de apartheid, los tratos inhumanos y la tortura, el exterminio, el asesinato, la esclavitud, la deportación o traslado forzoso de la población, la desaparición forzada de personas.(art.7)

De igual forma, que el Estatuto de Roma establece como crímenes de guerra (art. 8).

El obligar a un prisionero de guerra u otra persona a prestar servicio en las fuerzas aramadas dela potencia enemiga, el someter a deportación, traslado o confinamiento ilegal, el tomar rehenes, los ataques contra la población civil, contra objetos civiles, instalaciones no militares, aldeas o ciudades, el traslado de la población de la potencia ocupante al territorio ocupado, cometer ultrajes contra la dignidad de la persona, entre otros.

www.penlurpanama.com

II. EL DERECHO A LA PAZ Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS

A. El Comité Internacional de la Cruz Roja

El origen del Comité Internacional de la Cruz Roja se remonta a la batalla de Solferino en 1859 cuando la mayoría de los heridos de 39,000 bajas no fueron atendidos (SOLF, p. 421). Así, Henry Dunant, Gustave Moynier, Doctor Louis Appia, Doctor Theodore Maunier, General Guillaume y Henry Dufour se unieron para formar primeramente el Comité International de la Cruz Roja.(International humanitarian law, p.5)

De esta manera, surgió en 1864 la primera convención de Ginebra adoptada por 16 delegados de naciones europeas encaminadas a proteger por razones humanitarias las víctimas de las guerras entre los Estados.

Más tarde, en 1899, se extiende la protección humanitaria a los modos y costumbres de guerra, incluyendo el bombardeo a casas indefensas, el uso de gases venenosos y otros reglamentos relativos a la guerra terrestre.

Durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918) el Comité Internacional de la Cruz Roja hizo grandes aportes, en este campo, aunque instó a la misma a fortalecer y revisar los Convenios de Ginebra nuevamente, en 1929.

Los estragos de la Guerra Civil española (1936-1939) y de la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) reafirmaron nuevamente la necesidad de desplegar las normas humanitarias, de ahí que en 1949, se firmaran cuatro convenios relativos a la protección de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña; de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas

www.penjurpanama.com

armadas en el mar; de los prisioneros de guerra y relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra.

Sin embargo, la revisión de los convenios de Ginebra no ha quedado ahí, pues más tarde en 1977 se adoptan los Protocolos relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional.

Para diciembre 31 de 1990, 164 estados formaban parte de la Convención de Ginebra, mientras que 99 habían ratificado o accedido a los Protocolos I y 89 Estados habían ratificado o accedido al Protocolo II.

En cuanto a la estructura del Comité Internacional de la Cruz Roja, debe señalarse que es una institución humanitaria independiente de Suiza compuesta por ciudadanos suizos que se rige por el Código Civil de ese país. Con un ámbito de aplicación mundial y de carácter neutral tiene representación permanente y efectúa misiones en las regiones de Africa, Asia y Oceanía, Oriente Medio, Africa del Norte y Europa para asistir y proteger a los prisioneros y heridos de guerra, los internados civiles, la población en territorios ocupados y los detenidos políticos y sus familiares en tiempos de guerra, guerra civil, disturbios internos y tensiones.(Comité Internacional Cruz Roja, p.3)

El Comité está integrado por un máximo de 25 personalidades suizas y sus miembros se reúnen ocho veces al año en Asamblea, órgano supremo de la Institución, el cual establece la política general y supervisa el conjunto de sus actividades. (BORY, ps.9-10).

Esta institución cuenta con un Consejo Ejecutivo, que se encarga de los asuntos de la administración y de la Dirección, órgano integrado por el director general y el director de Actividades Operacionales.

www.penurpanama.com

El Comité Internacional de la Cruz Roja, conjuntamente con las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja forman parte de la Cruz Roja Internacional.

Las Sociedades Nacionales ejercen su función dentro de sus respectivos territorios, es decir dentro de las fronteras del respectivo país y se encargan de actividades relativas a la salud y de enfermería, de socorros en siniestros y a los desamparados.

Por su parte, la Liga de Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es una federación mundial de las Sociedades nacionales, de la cual es su órgano de enlace. Tiene como función organizar y coordinar a nivel internacional los socorros de la Cruz Roja en caso de catástrofes naturales, cuya magnitud supera la posibilidad de la Cruz Roja nacional.

La Cruz Roja Internacional conjuntamente con los gobiernos signatarios son los encargados de reunirse cada cuatro años en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja.

La Cruz Roja Internacional ha promovido la adopción de los siguientes convenios:

1. Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejercicios de campaña. 22 de agosto de 1864.
2. Convenio de La Haya para aplicar a la guerra marítima los principales del Convenio de Ginebra de 22 de agosto de 1864. 29 de Julio de 1899.
3. Convenio de La Haya concerniente a los barcos hospitales 21 de diciembre de 1901.
4. Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos de campaña. 6 de julio de 1906.
5. Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre, anexo al Convenio de La Haya. 18 de octubre de 1907.

www.penjurpanama.com

6. Convenio para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra del 6 de julio de 1906. 18 de octubre de 1907.
7. Protocolo de Ginebra sobre la prohibición de uso, en la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. 17 de junio de 1925.
8. Convenio estableciendo una Unión Internacional de Socorros. 12 de julio de 1927.
9. Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos en campaña. 27 de julio de 1929.
10. Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra. 27 de julio de 1929.
11. Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña. 12 de agosto de 1949. (G.O. N° 15.805 de 16 de febrero de 1967)
12. Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar. 12 de agosto de 1949.(G.O. N° 15,815 de 2 de marzo de 1967)
13. Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra. 12 de agosto de 1949.
14. Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra. 12 de agosto de 1949. (G.O. N° 15,854 de 27 de abril de 1967)
15. Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. 8 de junio de 1977.
16. Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional. 8 de junio de 1977.

www.penurpanama.com

B. Los Convenios y Protocolo de Ginebra

El respeto de los derechos humanos durante las vicisitudes de guerra, durante los conflictos armados internacionales y con carácter no internacional son de fundamental importancia, de ahí que sea imprescindible que las partes en el conflicto cumplan con las obligaciones y los principios humanitarios contenidos en los Convenios de Ginebra.

Al examinar los Convenios y Protocolos de Ginebra podemos apreciar que los mismos abarcan distintos aspectos: a) la protección y el respeto de las personas civiles en tiempos de guerra; b) los derechos humanos de los prisioneros de guerra; c) los derechos humanos de la población civil y d) los derechos humanos de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en campaña y en el mar.

1. Derechos humanos de las Personas Civiles.

El Convenio de Ginebra sobre Protección debida a las Personas Civiles en tiempos de guerra de 12 de agosto de 1949, tiene como antecedente el Reglamento de Leyes y Costumbres de Guerra Terrestre de 1907, anexo al Convenio de La Haya que consagraba algunos preceptos encaminados a proteger a las personas que se encontraban en territorio ocupado por un enemigo.

El Convenio (IV) de Ginebra constituye un “progreso importante del derecho internacional escrito en materia humanitaria", pues si bien no abroga el Reglamento de 1907, no cabe duda alguna que lo complementa pues en sus 159 artículos divididos en cuatro títulos y 3 anexos, consagra una amplia regulación de la problemática de los civiles en tiempos de guerra.

Por personas civiles (art. 4°) señala el Convenio que se refiere a las personas, que en cualquier momento y de la manera que sea, estén en caso de

www.penlurpanama.com

conflicto o de ocupación, en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la cual no sean súbditos.

No protege el convenio a los súbditos de un Estado que no sea parte en el; y a los súbditos de un Estado neutral que estén en el territorio de un Estado beligerante y los súbditos de un Estado cobeligerante no serán considerados como personas protegidas, mientras que el Estado de que sean súbditos tenga representación diplomática normal ante el Estado en cuyo poder estén.

De igual forma el convenio indica, que los heridos, enfermos de las fuerzas armadas en el mar, los prisioneros, no estarán protegidos en este convenio (art. 4°).

Si bien es cierto que el convenio protege a las personas civiles, por otra parte, protege de manera general a la población estableciendo la designación de zonas y localidades sanitarias y de seguridad (art. 14) con el objeto de proteger a los heridos, enfermos, mujeres encinta, etc.

www.penjurpanama.com

a. Los extranjeros

El convenio establece para los extranjeros los siguientes derechos:

- Derecho a salir del territorio al comienzo o en el transcurso del conflicto (art. 35)
- Derecho a ser tratado humanamente en caso de personas que estén detenidas o cumpliendo un castigo de privación de libertad (art. 37)
- Derecho a asistencia médica y hospitalaria en las mismas condiciones que los súbditos del Estado interesado (art. 38).
- Derecho a practicar su religión o recibir asistencia espiritual de los ministros del culto (art. 38).

- Derecho de los menores de quince años, las mujeres embarazadas y las madres de hijos de siete años a beneficiarse de las mismas condiciones que los súbditos del Estado interesado (art. 38).
- Derecho a poder disfrutar de un trabajo remunerado a reserva de las condiciones de seguridad (art. 39) y a trabajar en las mismas condiciones que los súbditos de la parte en conflicto en cuyo territorio se encuentren (art. 40).
- Protección a los refugiados (art. 44).

b. Trato de los internados

El internamiento de las personas protegidas obedece por motivo de control o de seguridad o por razones imperiosas a juicio de la presencia ocupante (art. 41-43).

En este sentido, las personas protegidas que abandonan su lugar de residencia habitual, tienen derecho a ser tratadas de acuerdo a lo que establece el Convenio (art. 79), así como de gozar de los siguientes derechos:

- Derecho a conservar su capacidad civil (art. 79).
- Derecho a alojamiento e higiene (art. 85).
- Derecho a su manutención y asistencia médica (art. 81).
- Derecho a alimentación y vestimenta (art. 89).
- Derecho a la libertad de culto (art. 93).
- Derecho a participar en los deportes (art. 94).
- Prohibición de empleo obligatorio (art. 95).
- Derecho a conservar sus objetos personales (art. 97).
- Derecho a recibir y enviar correspondencia (art. 107).
- Derecho de los internados a permanecer con sus familias (art. 82).

www.penlurpanama.com

- Derecho a ser alojado separadamente de los prisioneros de guerra y de Las personas privadas de su libertad (art. 84).
- Derecho a permanecer en lugares de internamiento no expuestos a peligros de la guerra (art. 83).

Por otra parte, el convenio establece sanciones penales y disciplinarias (art. 117 y ss.) para aquellos internados que cometan infracciones durante el internamiento, siempre y cuando las mismas se ajusten a un mínimo de garantías que establece dicho instrumento.

Así por ejemplo, se determina que un internado no podrá ser castigado más de una vez por el mismo acto (art. (117); se prohíbe encarcelamientos en locales sin luz del día, y en general todo tipo de crueldades (art. 118); la prohibición de traslado a lugares distintos (art. 124); a tener asistencia médica, a enviar y recibir correspondencia; etc.

2. Derechos humanos de los prisioneros de guerra.

Los convenios de Ginebra sobre el trato debido a los prisioneros de guerra han sido de una significativa importancia, en particular, el Convenio de 1929 pues "fue la salvaguarda de millones de cautivos durante el último conflicto".

En la actualidad, el convenio (III) de 12 de agosto de 1949 establece ciertas garantías a estos individuos en sus ciento cuarenta y tres artículos.

En primer término, debo señalar, que "prisioneros de guerra" son los miembros de las fuerzas armadas de una parte en conflicto (a exclusión del personal sanitario o religioso), es decir, los combatientes cuando son capturados por el enemigo.

Los prisioneros de guerra, de acuerdo con los principios humanitarios "No son criminales, sino solamente un enemigo incapaz de volver a tomar

www.penjurpanama.com

parte en el combate, que debe ser liberado finalizadas las hostilidades y que debe ser respetado humanamente mientras sea cautivo.

Sostiene el convenio que la responsabilidad por el trato de los prisioneros de guerra es de la potencia detenedora, independientemente de la responsabilidad individual que pueda haber.

Sobre el trato de los prisioneros de guerra el convenio consagra el trato humano, así como el respeto a su dignidad y persona. Prohíbe, en este sentido, los actos que comporten la muerte o pongan en peligro la salud, las mutilaciones físicas o experimentos médicos y científicos, así como los actos de violencia o de intimidación, los insultos, y la curiosidad pública (art. 13).

Establece el respeto a la persona de los prisioneros en su persona y en su honor (art. 14).

Las mujeres deben ser tratadas con toda consideración debido a su sexo y recibirán por tanto un trato favorable con respecto al hombre.

Otros de los derechos que reconoce el convenio son los siguientes:

- Derecho a conservar su capacidad civil (art. 14).
- Derecho a manutención gratuita y a asistencia médica (art.15).
- Igualdad de trato (art. 16).
- Derecho a mantener sus efectos personales (art. 18).
- Derecho a ser evacuados en el más breve plazo después de su captura (art. 19).
- Derecho a ser internados en locales con todas las garantías de higiene y salubridad (art. 22).
- Derecho a no ser expuesto a los peligros de la guerra (art. 23).
- Derecho a alojamiento, alimentación y vestimenta (art. 25).
- Derecho del personal médico retenido y religioso de asistir a los prisioneros de guerra (art. 33).

www.penjurpanama.com

- Libertad de ejercicio a su religión (art. 34).
- Derecho de los oficiales y prisioneros de estatuto de ser tratados con las consideraciones debidas a su graduación y edad (art. 44).
- Prohibición del uso de armas contra los prisioneros de guerra, salvo excepciones (art. 42).
- Traslado de los prisioneros de guerra con humanidad (art. 46).
- Derecho a realizar sólo los trabajos autorizados por la convención (art. 50).
- Derecho a no ser sometidos a castigos corporales, encarcelamientos y otros actos de crueldad (art. 87).

Además de lo antes expuesto, debe tenerse presente el Protocolo I, adicional al Convenio de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales que establece que estos gozarán de una serie de garantías fundamentales relativos al respeto de su persona.

3. Derechos humanos de la Población Civil

Mediante los Protocolos I y II sobre Protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional de diciembre de 1977, se actualizan los Convenios de Ginebra de 1949. Estos instrumentos persiguen la protección de la población civil contra los peligros precedentes de operaciones militares.

Con ese fin, las partes en conflictos harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y

www.penjurpanama.com

objetivos militares, y en consecuencia dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares (art. 48, Prof. I).

La protección de la población civil, de acuerdo con el Protocolo I comprende lo siguiente:

- Protección contra los peligros procedentes de operaciones militares (art. 51).
- Prohibición de ataques a la población civil y a los civiles, así como actos o amenazas de violencia (art. 51).
- Prohibición de ataques indiscriminados. Son ataques indiscriminados:
    a. Los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto;
    b. Los que emplean métodos o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto; o
    c. Los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos no sea posible limitar conforme a lo exigido por el presente Protocolo; y que en consecuencia, en cualquiera de tales actos puedan alcanzar indistintamente a objetivos militares y a personas civiles o a bienes de carácter civil.
- Prohibición de otros tipos de ataques indiscriminados tales como bombardeo a pueblo, una aldea, etc.
- Ataques dirigidos a la población como represalias;
- Protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves (art. 55).
- Prohibición de emplear la población civil para ser utilizada en ciertos puntos a zonas a cubierto de operaciones militares, ni para cubrir o favorecer, u obstaculizar operaciones militares (art. 51, N° 7).

www.penlurpanama.com

4. Derechos humanos de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en campaña y en el mar

En los Convenios de Ginebra I y II de 1949 se establecen medios para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña y de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar y en los Protocolos (I y II) adicionales de 1977.

Los instrumentos citados rigen exclusivamente para los heridos, enfermos y náufragos de los ejércitos de las fuerzas armadas en el mar y la tierra (art. 2) y determinan el alcance de lo que debe entenderse por los mismos.

En este contexto, de acuerdo con los Protocolos se entiende por heridos y enfermos "las personas sean militares o civiles que debido a un traumatismo, una enfermedad u otros trastornos tengan necesidad de asistencia y cuidados médicos y que se abstengan de todo acto de hostilidad (art. 8), mientras que por "náufragos" son aquellos militares o civiles que se encuentran en situación de peligro en el mar o en otras aguas a consecuencia de un infortunio que las afecte o que afecte la nave o aeronave que las transportaba y que se abstengan de todo acto de hostilidad (art. 8).

En relación a las categorías de personas que quedan equiparadas a las fuerzas armadas de campaña y el mar (art. 13) se encuentran los miembros de las fuerzas de una Parte contendiente, los individuos de las milicias y de los cuerpos voluntarios que formen parte de estas fuerzas armadas, los movimientos de resistencia organizadas, etc.

Sobre el trato, protección y asistencia de los heridos enfermos y náufragos los instrumentos bajo análisis consagran lo siguiente:

- Inalienabilidad de derechos (art. 7).

www.periurpanama.com

- Derecho a todos ser respetados y protegidos cualquiera que sea la parte a que pertenezcan.
- Derecho a ser tratado humanamente (art. 12).
- Derecho a asistencia médica que exija su estado (art.12).
- Derecho de las mujeres a ser tratados con todos las consideraciones debido a su sexo (art. 12).
- Derecho de los combatientes heridos, enfermos y náufragos al estatuto de guerra (art. 10).
- Derecho al personal sanitario y religioso civil (art. 15).
- Derecho a ser respetado por la población civil, aunque pertenezcan a la parte adversa y no ejercer acto de violencia contra ellos (art. 18).
- Derechos de lo heridos a ser asistidos por barcos, embarcaciones neutrales (art. 21).

5. Los derechos humanos en los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949

Los Protocolos adicionales I y II a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, a su vez contiene normas que tienen por finalidad proteger los derechos humanos en tiempos de guerra.

La finalidad de estos instrumentos es mejorar las condiciones existentes de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas del mar y de la tierra; de los prisioneros de guerra; de los efectos contra la población civil y de los bienes de carácter civil; de las personas en poder de una parte en conflicto; de los periodistas, entre otros.

www.penjurpanama.com

Algunos de estos aspectos han sido tratados al examinar previamente los derechos humanos de los grupos antes abordados, sin embargo, es necesario en este instante resaltar algunos otros aspectos, como por ejemplo, lo referente a personas desaparecidas y fallecidas (art. 32); los métodos y medios de guerra, etc.

En este contexto a continuación resaltaremos las referencias a los derechos humanos en estos instrumentos:

a. Protección de la persona

Se protege a la persona contra todo peligro a su salud su integridad física o mental (art. 11), en particular tratándose de heridos, enfermos y náufragos.

Además, se prohíbe las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, sin consentimiento del sujeto (art. 11, N° 2).

También se protege a los refugiados y apátridas (art. 73) cuando estén en poder de una parte en conflicto.

Se establecen garantías fundamentales, cuando algunas de las partes esté en poder de la otra (art. 75 N° 2) prohibiendo los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental, contra la dignidad personal o los tratos humillantes y degradantes; se establecen un mínimo de garantías para las personas acusadas (presunción de inocencia), derecho a un juicio, etc.); derecho de las mujeres privadas de libertad a estar custodiadas en locales separados de los hombres; derecho de las mujeres a ser objeto de un trato especial (art. 76); protección especial de los niños (art. 77); protección especial de los periodistas (art. 79).

www.penurpanama.com

Por su parte, el Protocolo II, sobre la protección de la persona establece lo siguiente:

- Derecho a un trato humano en donde se respete a la persona en su honor, en sus convicciones y en sus prácticas religiosas (art. 4).
- Prohibición de los castigos colectivos, la toma de rehenes, los actos de terrorismos; los atentados contra la dignidad personal; la esclavitud, el pillaje.
- Prohibición de reclutar menores de quince años en las fuerzas y derechos de estos a una educación, a cuidados especiales, y a facilitarle su reunión con sus familias (art. 4 N° 3).
- Derecho de las personas privadas de libertad (heridos, y enfermos, de las personas internadas) a gozar de ciertas garantías fundamentales (art. 5).

b. Métodos y medios de guerra.

El Protocolo I establece ciertas reglas que deben cumplirse en los conflictos armados, en las cuales se prohíbe, entre otros, el empleo de armas, materiales o métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios o que puedan causar daños extensos, duraderos o intensos al medio ambiente natural (art. 35).

De otra parte, se refiere a la prohibición de la perfidia (art. 37) o los ataques contra personas que se lanzan en paracaídas (art. 42) o que están fuera de combate (art. 41).

Por su parte el Protocolo II hace alusión a los ataque contra instalaciones que contengan fuerzas peligrosas (art. 15) y a los bienes culturales y de los lugares de culto (art. 16).

www.penurpanama.com

c. Población civil

El Protocolo I, establece normas protectoras a la población civil de las cuales hicimos alusión previamente, sin embargo, por su importancia nos referiremos a las mismas nuevamente.

Se protege a la población civil y a las personas civiles contra los peligros procedentes de operaciones militares (art. 51); contra los ataques indiscriminados (bombardeo no dirigidos a objetivos militares); los ataques a la población como represalia; los ataques a bienes indispensables para la supervivencia de la población civil (art (54); contra su medio ambiente natural (art. 55); contra instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (art. 56); protección de los bienes culturales y de los lugares de culto (art. 16); prohibición de los desplazamientos forzosos (art. 17).

E. Conclusiones

La protección y promoción de los derechos humanos en tiempos de guerra es difícil y preocupante.

El interés por promover y proteger los derechos de las personas durante los conflictos armados ha sido un constante interés del derecho internacional humanitario, y por otra parte, de las Naciones Unidas que han adoptado diversas resoluciones en esta materia.

Durante un conflicto armado, la protección de los derechos humanos recae sobre las víctimas de guerra: población civil, las personas civiles, los prisioneros de guerra y los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar y en la tierra.

Los derechos humanos de estas víctimas son muy variados tal como hemos podido apreciar, sin embargo, en todos hay un principio común y básico, que es el derecho al respeto por la vida y dignidad humana.

www.penjurpanama.com

También en cuanto a la protección de los derechos humanos, es apreciable la adopción de medidas para prohibir o restringir el uso de ciertas armas; la observancia de los métodos y medios de guerra y en general, todas aquellas encaminadas a obtener el Desarme.

En conclusión, los derechos humanos en tiempo de guerra pueden resumirse a los siguientes:

- Derecho a la vida y al respeto a su dignidad.
- Prohibición de la coacción física o moral para obtener informaciones.
- Prohibición de castigos corporales.
- Prohibición de mutilaciones y de experimentos médicos o científicos.
- Prohibición de la toma de rehenes.
- Protección de las mujeres y de los niños.
- Derecho de los extranjeros a salir del territorio durante el comienzo del conflicto.
- Derecho de alojamiento, e higiene y asistencia médica de los internados.
- Derecho a alimentación y vestimenta, prohibición de empleo obligatorio de los internados.
- Derecho a conservar su capacidad civil.
- Derecho de la población civil contra los ataques indiscriminado.
- Derechos de los heridos, enfermos y náufragos a asistencia médica, a ser tratados humanamente; al estatuto de guerra, a su honor y libertad religiosa, etc.
- Derecho de los prisioneros de guerra a un trato humano, al respeto de su dignidad, al derecho a la vida, etc.

www.penjurpanama.com

- Prohibición de las mutilaciones físicas o de actos de violencia o intimidación contra los prisioneros de guerra, así como también los actos humillantes o degradantes.
- Derecho de los prisioneros de guerra a manutención, a conservar sus efectos personales.
- Derecho a la protección del medio ambiente natural.
- Derecho a la protección de los bienes culturales.

III. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Desde la perspectiva del Anteproyecto de Código Penal Revisado de 1999, los delitos bajo estudio se ubican en el Título XI "De los delitos contra la Personalidad Jurídica del Estado", en concreto en el Capitulo IV "Del Genocidio", sin embargo, en sentido estricto estos hechos, si bien atentan contra la Personalidad Jurídica del Estado, en no y estan relacionados con la figura del Genocidio, son más bien hechos de otra naturaleza, ejecutados en virtud de un conflicto armado, en la que se ponen en peligro o lesionan los derechos humanos de las personas , o en otros casos sobre bienes de otra naturaleza que son afectados como consecuencia del mismo.

En esta línea, estas infracciones, están dirigida a sancionar conductas violatorias del derecho humanitario, para la cual se exige la intervención del Estado a nivel interno, para promover y proteger los derechos humanos de las personas en conflicto armado, tal como lo ha demostrado los recientes hechos en la antigua ex Yugoslavia, Ruanda y Kosovo.

Con toda razón, entonces, los tipos pénales tienen como antecedente la legislación internacional y hacen referencia a su ejecución en desarrollo o en ocasión de conflicto armado, respeto de personas o bienes protegidos, por el

www.penjurpanama.com

derecho internacional humanitario, circunscribiendo de tal manera tanto al sujeto activo como al pasivo.

En consecuencia, el bien jurídico directamente protegido, es pues, la norma internacional humanitaria misma, sin perjuicio de que, si se afectan otros bienes jurídicos autónomos como la vida, la salud, la libertad, la dignidad o la propiedad de las personas protegidas, sean aplicables los delitos que específicamente se refieren a ellos conforme a las reglas generales del concurso. (Muñoz Conde, p.658)

En opinión, SERRANO GOMEZ (p.2167) la incorporación de estas nuevas figuras delictivas en el caso de la legislación española, obedecen a compromisos internacionales, y "se trata, pues de un auténtico Derecho penal de Guerra", que permite la cooperación del Estado en el Derecho Internacional, y que a su modo de ver son de "escasa practicidad".

Por su parte, CALDERÓN/CHOCLAN (p.1271), manifiesta que estas figuras delictivas contravienen el Derecho humanitario bélico, y consisten , en esencia , en la violación de la normativa internacional reguladora del comportamiento de los Estados en caso de conflicto bélico, fundamentalmente contenida en los Convenios de Viena de 1949 y sus Protocolos adicionales, en relación con determinadas personas o bienes específicamente protegidos".

Por otra parte, no han faltado otros autores (Lamarca Perez, p.737) que sostengan que los bienes jurídicos protegidos en estos delitos no lo constituyen las personas referidas, sino la existencia de unos parámetros y estándares de humanidad que no deben rebasarse por ninguna delas partes en caso de conflicto armado, o mas directamente principios y derechos que la Humanidad reconoce a todos los seres humanos por el mero hecho de serlo (Carbonell Mateu, p.2153).

www.penjurpanama.com

Ahora bien, no puede descartarse la multiplicidad de bienes jurídicos en estos delitos de carácter humanitario, en primer termino, la Personalidad Jurídica del Estado, las normativa de derecho humanitario y en particular, la vida, salud o integridad de la personas, la población civil, los prisioneros de guerra o el ataque a bienes protegidos, siguiendo la ubicación que propone el Anteproyecto de Código penal Revisado.

De igual forma, no puede pasar desapercibido que se trata de actos contra la comunidad internacional, que lesionan intereses de la comunidad internacional, para los cuales la actual legislación ya había incorporado previamente el delito de Genocidio. Se trata en sí, no de delitos internacionales sino de derecho interno que tienen trascendencia internacional, y para lo cual las legislaciones emplean distintas terminología "Delitos que comprometen las relaciones exteriores", "Delitos contra el Derecho de Gentes", Delitos que comprometen la paz y la seguridad exterior o la dignidad dela nación", "delitos de carácter internacional, entre otros.

Indudablemente, que la ubicación del anteproyecto de los delitos bajo estudio es la más apropiada para agrupar los mismos, ya que no cabe duda, que estos delitos afectan los intereses de la comunidad internacional (Virginia Arango Durling, "Introducción a los Delitos contra la Comunidad Internacional y Protección Penal de los derechos humanos"en **Anuario No.15**, ps. 172 y stgs.)

En conclusión, el bien jurídico protegido en los delitos en ocasión de conflicto armado, es de una naturaleza múltiple, porque no solo se protege un solo bien, sino una pluralidad de ellos, concurriendo así la Personalidad Jurídica del Estado Panameño.

Los intereses de la comunidad internacional en cuanto va dirigida a proteger normas de carácter humanitario.

www.penlurpanama.com

IV. ELEMENTOS COMUNES A ESTOS DELITOS

A. Sujetos y objeto material

Sujeto activo de estos delitos puede ser cualquier persona, inclusive una autoridad o servidor público, siendo un delito común.(Tamarit Sumalla, p.2376)

A estos efectos señalan ARBOLEDA/RUIZ (p,846) que el sujeto activo es indeterminado, amplio o incualificado, cualquier persona que se encuentra en el territorio Colombiano es potencial destinatario de la prohibición. Ello funda sus raíces filosóficas e históricas en la necesidad de proteger al ser humano que siendo partícipe en el conflicto armado ya no constituye factor real de peligro para las fuerzas combatientes o para la población civil que directa e indirectamente no son objetivo militar".

Por su parte, el Sujeto pasivo siguiendo la sistemática del bien jurídico protegido en el Anteproyecto, recae directamente en el Estado, por cuanto se afecta su "personalidad jurídica", a través de la violación de normas de derecho humanitario que ponen en peligros los intereses de la Comunidad Internacional.

No obstante, nada obsta para que este también concurra en esa condición en el presente delito, sin dejar, de mencionar que eventualmente puedan concurrir las personas afectadas en su vida, salud, etc, a las cuales el Derecho Internacional, alude a los integrantes de la población civil, a las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversas, los heridos, enfermoso náufragos fuera de combate, el personal sanitario o religioso, los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, los combatientes que hayan depuesto las armas por captura,

www.penjurpanama.com

rendición u potra causa análoga, los que fueren considerados como apartidas o refugiados, o cualquier otra persona comprendida en los Convenios I, II, III, y IB de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 .(cfr: ARBOLEDA/ Ruiz, p.847)

Sujeto pasivo, en consecuencia es de naturaleza múltiple e indeterminado. En primer lugar, es el Estado Panameño, en segundo lugar la comunidad internacional, dado que se afectan los intereses y las relaciones internacionales. No obstante, lo anterior, el bien jurídico afectado en ocasiones puede recaer concretamente sobre la persona individual afectada por las diversas acciones antes señaladas, en otro caso por el Estado.

Es importante señalar, que el Anteproyecto ha limitado al sujeto pasivo a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones que de manera específica lo han consagrado, abarcando inclusive los atentados a bienes culturales y a lugares de culto, los objetos indispensables para la supervivencia de la población civil, entre otros.

Para terminar, la doctrina ha indicado que sujeto pasivo " no son la generalidad de las personas sino aquellas protegidas en caso de conflicto armado. En consecuencia , para que la conducta sea típica ha de recaer sobre las personas protegidas en las que concurra esa característica.(Lamarca Perez, p.736)

De igual forma sostiene LANDECHO Y MOLINA (p.624), que el sujeto pasivo son las "personas protegidas por los convenios internacionales".

En lo que respecta al objeto material del delito, recae sobre las personas protegidas y a los cuales podemos enumerar las personas civiles, los prisioneros de guerra, y por otro los bienes afectados en ocasión de conflicto armado, buque o aeronave no militar de una parte adversa o neutral, aunque cabe reiterar que de manera desventajosa.

www.penjurpanama.com

B. Tipo Subjetivo

Solo es posible la comisión dolosa. Solo existe en las figuras delictivas descritas en el articulo 372, referencia a conductas intencionales, siendo inaceptable su realización culposa.

C. Antijuricidad y Culpabilidad

Cuando los autores de estos hechos son detenidos, podrían alegar el cumplimiento de un deber legal, sin embargo, no puede admitirse tal argumento, ni cualquiera otra de las causas de justificación.

En el caso de la Obediencia Debida determinada como causa de justificación en algunas legislaciones, a excepción de la nuestra, su admisión en estos delitos, al igual que sucede con el delito de Genocidio, ha sido rechazado su posibilidad tanto por la doctrina nacional e internacional.

En lo que respecta ala culpabilidad, el error de prohibición no es admisible, y son discutibles las situaciones de inculpabilidad por miedo insuperable o estado de necesidad inculpante.

D. Formas de Aparición delictiva

Son autores los que realizan las diversas conductas previstas en el art. 372 antes citado, incluyéndose también aquellos que “ordenen” realizar alguna actuación típica, y la participación criminal es admisible.

En lo que respecta al Iter Criminis, la doctrina ha considerado en general, estos hechos como de “simple actividad”, y la consumación tiene lugar cuando el sujeto activo pone cualquiera delas modalidades dela acción típica. No se exige resultado ninguno. (Landecho Molina, p.624)

Sin embargo, en ocasiones estamos ante delitos de resultado, como por ejemplo, cuando se destruya o dañe, buque o aeronave no militar de la Parte adversa, siendo necesario para su consumación la producción del mismo.

www.penlurpanama.com

E. Consecuencias jurídicas

La sanción establecida para estos delitos es de prisión de cinco(5) a diez (10) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

Lamentablemente, la norma no contempla consecuencias punitivas agravatorias, en los casos en que se trate de una autoridad o servidor público, como sucede en otras legislaciones.

En este sentido, se aplicaran las normas de concurso de delitos si se produjeren dichos resultados constitutitos de delitos, vgr. la lesión, la muerte de personas.

Finalmente, la doctrina ha señalado que se aconseja la aplicación extraterritorial de estos delitos, con sumisión al principio de justicia universal. (Tamarit Sumalla, p.2377)

V. LOS DELITOS EN PARTICULAR

A. Introducción

Haciendo un análisis del actual art. 372 del Anteproyecto de Código Penal Revisado de 1999, apreciamos que se castigan una diversidad de hechos delictivos que se comente en ocasión de un conflicto armado, catálogo que a nuestro modo de ver es insuficiente para poder proteger y afrontar los peligros y las lesiones hacia las personas y los bienes en caso de conflicto armado.

Por otro lado, la citada norma regula con la misma sanción hechos de distinta naturaleza, y de manera difícil agrupa la totalidad de los hechos en la misma sin ninguna sistemática.

Cabe advertir, que lamentablemente el Anteproyecto deja por fuera toda referencia específica a los ataques a la vida, la salud o la integridad de las

www.penjurpanama.com

personas en caso de conflicto armado, contra su dignidad personal, hecho castigado en otras legislaciones y previsto en la normativa humanitaria.

Por otro lado, hay que señalar que en la gran mayoría de las veces son "delitos de peligro" de bienes jurídicos de "personas protegidas", con los que el legislador quiere adelantar la barrera de intervención penal, aunque no lleguen a producirse o (probarse) daños o lesiones a dichas personas. En el fondo, se trata de marcar unas reglas mínimas de cumplimiento obligatorio por todas las Partes de un conflicto bélico, para evitar el máximo los efectos negativos que las guerras tienen siempre para el personal civil o militar enfermo, herido, prisionero, etc. y en todo caso no beligerante, y para los bienes que integran el patrimonio cultural de los pueblos afectados por el conflicto, el medio ambiente, etc. (Muñoz Conde, p.658; Suárez- Mira Rodríguez, p.670)

Por último, es presupuesto de los delitos comprendidos en el art. 372 la existencia de un "conflicto armado" genérica expresión que abarca tanto los casos de guerra declarada entre dos o mas Estados como los de contienda militar aunque el estado de guerra no haya sido reconocido formalmente por los intervinientes, los de ocupación de la totalidad o parte de un territorio encuentre o no resistencia alguna y los conflictos armados prolongados que tienen lugar en el territorio de un Estado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. (cfr. Suárez-Mira Rodríguez, p.671).

En ese sentido, sostiene TAMARIT SUMALLA (Quintero Olivares, en **Comentarios al Nuevo Código Penal**, p.2376), que el conflicto interno (ya adquieran la forma de una guerra civil o enfrentamientos irregulares de tipo guerrillero mas frecuentes en la actualidad) son aplicables.

www.penjurpanama.com

Dado que el código no hace distinción ni salvedad alguna, y ello corresponde con el contenido de los Convenios.

1. Ataques indiscriminados o excesivos u otros actos contra la población civil con fines de aterrorizarla: Utilización de métodos excesivos y Represalias

El art. 372 literal a) castiga al que "Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla".

El precepto se fundamenta en el art. 51 del Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra, que prohibe los "ataques indiscriminados", así como los ataques dirigidos como represalias contra la población civil o las personas civiles.

Se trata de un hecho que castiga en un precepto varias modalidades delictivas que pueden ser realizadas de manera conjunta o alternativa: "realizar u ordenar" ataques indiscriminados o excesivos, con la finalidad de aterrorizarla y por otro, "hacer" es decir, someter a la población civil a ataques o represalias o actos de amenaza de violencia, con la misma finalidad, hechos que debieron haber sido tipificados de manera autónoma.

En ese sentido se advierte, que la primera conducta castigada se refiere a la utilización de métodos y medios ilícitos de guerra prohibidos destinados a causar sufrimientos, males superfluos o perdidas innecesarias, que para efectos del Protocolo I de Ginebra, entre otros, se refiere no solo a los métodos o medios para hacer la guerra, sino también al empleo de armas, proyectiles, mecanismos que atentan contra la la población civil, y que son recursos o instrumentos utilizados dentro de la pugna para menoscabar la resistencia y fuerza legitima del adversario.(Victoria p.118)

www.penlurpanama.com

En efecto, se trata de comportamientos que afectan colectivamente a un grupo de personas, que en el caso de la represalia es un acto de venganza sobre la población. La represalia se ha entendido que no es un acto de paz sino de guerra, pero su desarrollo es eminentemente político aunque se lleva acabo dentro de un conflicto armado, y entraña la implementación de medidas tales como: a) confiscación de bienes, b) embargo de fondos c) expropiación de propiedades y haberes (Victoria Ochoa, p.191).

Los comportamientos en ambos casos, pueden ser realizados por un sujeto activo indeterminado, pero la acción puede corresponder a un militar.

En cuanto al concepto "ataques indiscriminados" el Protocolo I, señala que son los que no están dirigidos contra un objetivo militar concreto, tales como los ataques por bombardeo, cualesquiera que sean los métodos o medios utilizados, que traten como objetivo militar único varios objetivos militares precisos y claramente separados situados en una ciudad, en un pueblo, una aldea u otra zona en que haya concentración análogo de personas civiles o bienes de carácter civil.(art. 51.)

En general, la conducta incide sobre la utilización de métodos y medios de guerra no permitidos que son empleados como recursos para menoscabar la resistencia y fuerza legitima del aversario, que no se justifican en tiempos de guerra, y que deben ser castigados por los daños extensos y duraderos por los impactos al medio ambiente y en general por los sufrimientos innecesarios (Victoria Ochoa, p.118).

www.penjurpanama.com

2. Imposición de obligaciones injustificadas: Constreñimiento a apoyo bélico y la privación del derecho a ser juzgado imparcialmente

Se entiende por prisionero de guerra, de acuerdo al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo Adicional de 8 de junio de 1977, como a las personas que caen en poder del enemigo.

El Anteproyecto en su art. 372 literal c) establece sanciones para el que en ocasión de conflicto armado: "Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o las prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente".

Se trata, en este caso de lo que la legislación penal española, ha denominado como "imposición de obligaciones injustificadas", por cuanto se obliga a un prisionero a servir a la Fuerzas Armadas dela Parte adversa, que es lo que se conoce como Constreñimiento a apoyo bélico.

En ese sentido, la conducta lesiona el principio de autonomía de la voluntad y se afecta de manera directa la dignidad human de la persona que se ve obligada a prestar servicio, mediante el apremio, la coerción o la exigencia, violentando a su vez la Convención de Ginebra (art. 31), sobre la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.(Victoria Ochoa, p.163)

De otra parte, tenemos en la misma disposición, sanciona la Privación al debido proceso del prisionero, que constituye una limitación a gozar de todas las garantías en el desarrollo de la investigación o juzgamiento, vgr. ejercer su derecho a defensa, a aportar pruebas, al derecho a apelación, entre otros. Victoria Ochoa, p.161).

3. Demora injustificada de la libertad o repatriación

www.penlurpanama.com

El art.. 372 literal g) se refiere al que "Impida o demore injustificadamente la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o personas civiles", hecho que de igual manera constituyen imposición de obligaciones injustificadas.

De lo antes expuesto, se desprende que no solo se castigan los actos contra los prisioneros de guerra, sino en general, las violaciones a las normas de derecho humanitario.

Revisando el Convenio de Ginebra y el Protocolo adicional, se aprecia que el mismo contiene una inmensa variedad de hechos que pueden cometerse contra los prisioneros de guerra, de los cuales el Anteproyecto se centra en no ser "obligado" a servir en la Fuerza Armada de la parte Adversa, la de no ser privado del derecho a ser juzgado regular e imparcialmente, a no ser demorado ni impedido injustificadamente su libertad, y a la repatriación.

Ahora bien, la disposición indudablemente tiene en mente recordar a la Potencia detenedora, la responsabilidad sobre los prisioneros de guerra, con respecto al trato que debe procurarse, ente otros, el no ser "obligado a servir a la Potencia Adversa, por lo que solo puede realizar los trabajos autorizados por la Convención sin embargo, lamentablemente ha hecho caso omiso a otros derechos contenidos en la Convención, como son por ejemplo, el no ser sometido a castigos corporales, la prohibición de uso de armas contra los prisioneros de guerra, normas sobre alimento, alojamiento, etc, aunque más adelante se refiera a ello de manera general. (art. 372 f)

4. Traslado, deportación, toma de rehenes y privación ilegal

Se sanciona en el articulo 372 d una variedad de comportamientos, que atentan todos contra la libertad de las personas, en la que se particulariza el constreñimiento y el irrespeto a la dignidad humana, mediante el traslado y

www.penurpanama.com

deportación arbitraria, la toma de rehenes y la privación ilegal, acciones que se realizan por una pluralidad de personas que actúan en calidad de sujetos activos, que se distribuyen las funciones o las tareas que permiten cumplir con el cometido propuesto.(Victoria, p.156)

En lo que respecta al traslado y deportación de la población civil se fundamenta su incriminación porque tales comportamientos contribuyen a crear desasosiego, crisis y angustia sobre quienes son sometido a tales situaciones, de manera forzosa, violenta, en contra de su voluntad.(Victoria, p.194), en la que generalmente se produce un daño absoluto e irreparable, el regreso a los lugares de origen generalmente no se efectúa y el estado se encuentra en incapacidad de garantizar que este se efectúe.

En relación con la toma de rehenes, el bien jurídico que se protege es la libertad y autonomía personal que se encuentra constreñida y condicionada por el pedimento que realiza el captor y que como ilegal contraprestación apareja el estado natural de libertad del individuo o aspectos inherentes a tal calidad, como la vida o la integridad física o sexual" (Victoria, p.157).

Por último, en cuanto a la detención ilegal, de igual manera se coloca al sujeto pasivo en condiciones de privación ilegal injusta de su libertad, en cuanto se despoja al individuo de un estado de autonomía física que le permite contar con un pleno control de sus movimientos, contraviniendo así las normas de derecho humanitario, sobre el tratamiento de todas las personas protegidas en conflicto armado (Victoria, p.162).

5. Actos discriminatorios y prácticas inhumanas

De manera conjunta se castigan en el art. 372 varias actos que constituyen actos discriminatorios que entrañan un ultraje a la dignidad humana, que comprenden no solo su efectiva realización por el sujeto activo,

www.penlurpanama.com

sino también lleva implícito las órdenes que este pudiera dar a otros, para llevar a cabo su cometido.

De esta manera, la conductas aluden a realizar, ordenar o mantener, respecto de cualquier persona, práctica de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad.

El precepto bajo análisis determina que todos los actos (realizar, ordenar, mantener) que ejecuta el sujeto activo, se circunscriben al sometimiento de las personas por motivos discriminatorios, de ahí que segregue o se realicen prácticas inhumanas y degradantes con ese fin.

Las prácticas de segregación racial, atentan contra la dignidad humana, son en sí un trato desfavorable, no son actos de hostilidad, sino políticos, es una acción de estado, producto del engranaje administrativo de una nación y dirigido a la eliminación sistemática de los miembros de una determinada colectividad en razón de su origen. Conlleva el desarraigo de su tierra y el despego a los bienes, derechos civiles y garantías sociales que le son afines. (Victoria, p.151)

En cuanto a la expresión "demás prácticas inhumanas o degradantes", el tipo penal, a nuestro modo de ver, contempla la ejecución y el castigo de los actos crueles, inhumanos o degradantes, de manera discriminatoria

6. Destrucción de bienes no militares

El art. 372 literal b) sanciona al que en ocasión de conflicto armado "Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militar de una Parte adversa o neutral innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias

www.penurpanama.com

para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo".

La acción presenta dos modalidades: Destruir o Dañar "bienes no militares de una Parte adversa, consagrando la protección hacia bienes no militares(buques o aeronaves), es decir, de naturaleza civil, y a su vez reconociendo el peligro para la seguridad de las personas por la realización de tales actos sin previo aviso.

Lamentablemente, la disposición bajo estudio es criticable, pues solo limita la sanción a los bienes no militares antes indicados, sin tomar en consideración, otra clase de bienes protegidos en los Convenios de Ginebra, como son los bienes culturales u otros lugares que requieren una protección en caso de conflicto armado, entre los que podemos mencionar los bienes o instalaciones sanitarias, bienes y lugares de culto.

En ese sentido, si observamos el derecho comparado, advertimos que se sanciona, por un lado, **la destrucción y apropiación de bienes de carácter civil,** que no sean objetivos militares, tales como por ejemplo: los bienes culturales y de lugares destinados al culto, los bienes indispensables para la supervivencia de la población, y las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas y, en segundo lugar, la **destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario,** tales como ambulancias o medios de transporte sanitario, hospitales de campaña, o depósitos de elementos de socorro, convoyes sanitarios, bienes destinados a la asistencia y socorro de las personas protegidas, zonas sanitarias y desmilitarizadas o bienes e instalaciones de carácter sanitario debidamente señalados con los signos de la Cruz roja o de la Media Luna Roja nos daremos cuenta de que la protección destinada a los bienes o lugares protegidos es mucho más amplia, haciéndola extensiva a "bienes indispensables para la supervivencia de la población".

www.penjurpanama.com

7. Traslado y asiento de población de Parte ocupante

Mediante el artículo 372 literal e) se castiga con la pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, al que "Traslade y asiente en territorio ocupado a la población de la Parte ocupante, para que resida en él de modo permanente".

Se trata de un hecho que conlleva el asentamiento de la población ocupante en el territorio ocupado, por la Parte ocupante en el conflicto armado, acto prohibido en los Convenios de Ginebra.

8. Utilización indebida de signos protectores

El literal h del art. 372, castiga con pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los resultados producidos, el que en ocasión de conflicto armado, "Use indebidamente los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz roja y de la Media Luna Roja".

De conformidad con lo anterior, la norma pretende castigar la violación a normas humanitarias, en lo relativo al uso indebido de signos protectores o distintivos, emblemas, de la Cruz Roja y de la Media Luna, cuya finalidad es eminentemente de carácter sanitario, con fines de protección de las victimas y para proteger a quienes realizan dicha tarea, y como signo indicativo, incluyendo también los emblemas de las naciones Unidas.

La acción punible consiste en "Usar indebidamente" los signos protectores o distintivos reconocidos en Tratados Internacionales, durante el conflicto armado, lo que significa que la persona le da un uso empleo distinto del previsto por las normas internacionales, siendo indiferente la finalidad o

www.penjurpanama.com

propósito del agente, pero no cabe la menor duda de que se trata de acciones que conllevan engaño con el fin de dañar al adversario.

A nivel internacional, estos hechos han sido conceptualizados como Perfidia, y son crímenes de guerra, que comprenden también la simulación de condición de persona protegida, castigada en algunas legislaciones, cuyo bien jurídico es la tutela de las normas de derecho internacional del conflicto, a fin de que no se desborde el enfrentamiento en un irrespeto absoluto de las normas que rigen las hostilidades y por ende origina una situación de barbarie donde usualmente quien resulte mas afectado es el personal que directamente no se encuentra involucrado en el conflicto. (Victoria, p.128)

Indudablemente, la norma como se desprende es imprecisa y por tanto, requiere de una reformulación en la que los hechos realizados en ocasión de conflicto armado, estén claramente delimitados, como sucede en el derecho comparado.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo antes expuesto se desprende que las disposiciones anteriores constituyen una innovación en nuestra legislación penal, sin embargo, es necesario revisar la normativa estudiada a fin de que la tutela penal interna, cumpla con los presupuestos del Derecho Internacional Humanitario, pues se advierte una ausencia de tipos penales, con respecto a un sinnúmero de hechos que merecen su incriminación, como por ejemplo, los Accesos sexuales violentos en persona protegida, la Prostitución o esclavitud sexual, los actos de barbarie, la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria, la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias, la destrucción de bienes

www.penjurpanama.com

protegidos, los atentados a la subsistencia y devastación, la exacción o contribuciones arbitrarias y la destrucción del medio ambiente.

NOTAS

Ambos, Kai / Oscar Julian Guerrero, **El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**, Universidad Externado de Colombia,1999; Arango Durling**,** Virginia **Derechos Humanos Colectivos**, Ediciones Panamá Viejo, Panamá, 2002; Arboleda Vallejo, Mario / José Armando Ruiz Salazar, **Manual de Derecho Penal,** Parte **Especial** Tomo II, Leyer, Bogotá, 2001; Carbonell Mateu, Juan Carlos, "Delitos contra la Comunidad Internacional" en **Comentarios al Código penal de 1995**, Tirant lo blanch, Valencia, 1996; De León Velasco, Héctor Anibal / De Mata Vela, José Francisco, **Derecho Penal Guatemalteco**, **Parte General y Especial**, Editorial Llerena, Guatemala, 1997; Carmen Lamarca Pérez Coordinadora) **Manual de Derecho penal**, **Parte Especial**, Colex, Madrid, 2001; Landecho Velasco, Carlos / Molina Blázquez, Concepción, **Derecho Penal Español. Parte Especial**, Tecnos; Madrid, 1996; Quintero Olivares, Gonzalo/ González Prats, Fermín/ Tamarit Sumalla, José. "Delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" en **Comentarios al Nuevo Código Penal**, Aranzadi Editorial, Madrid, 2001; Carlos Suarez-Mira Rodríguez(Coordinador), **Manual de Derecho Penal, Parte Especial**, Thompson Civitas, Madrid, 2003; Diego Fernando Victoria Ochoa, **Delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional humanitario**, Leyer, Bogota, 2001.

www.penjurpanama.com

PROTECCIÓN PENAL CONTRA LA ESCLAVITUD Y EL TRAFICO DE PERSONAS

I. INTRODUCCIÓN

La esclavitud es una de las instituciones sociales más antiguas que tiene su origen en la época predinástica de los faraones (3315 a.d.j.), pues son ellos los que cavan, trazan canales y sanean las sierras y se ocupan de la construcción de monumentos y pirámides. (Cfr: Luis BONILLA, **Historia de la esclavitud**, Editorial Plus Ultra Madrid, 1961, ps. 13 y ss. y Maurice LENGELLE, **La Esclavitud**, Traducción de Elvira Monagas, Oikos Tau, Barcelona, 1971, ps. 15 y ss. También debe consultarse sobre este tema a la **Enciclopedia jurídica Omega**, Tomo X, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, ps. y sgts.).

En el antiguo oriente medio, por ejemplo, en Babilonia la esclavitud era aceptada pues las leyes de Hammurabi destinaban varias disposiciones al respecto, así como también existió en la India Antigua, China, en Grecia y en Roma.

En lo que respecta a Roma, el incremento de la esclavitud por la expansión territorial del Imperio, exige que se establezca disposiciones relativas a los esclavos (vg. contubernio) y es común, la existencia de mercados de esclavos en todos las ciudades.

Durante esta época se cuentan de rebeliones de esclavos, la de Euno, esclavo natural de Siria que reunió un ejercito de 70.000 esclavos y que puso su capital en la ciudad de Enna, y que lucho durante tres años contra los ejércitos de Roma, y también la rebelión tan conocida de Espartaco.

www.penlurpanama.com

Ya, en la Edad Media, se sustituye la esclavitud por servidumbre (aunque esta subsiste como tal); se establecen clases de siervos "idóneos, viles, nacidos, y otros". El origen de la servidumbre iniciado en Roma antes de Constantino, adquiere importancia y se desarrolla en la época del feudalismo, desapareciendo con posterioridad hacia el siglo XV.

En la época precolombina en América, tenemos los esclavos en las tribus indias del Imperio Azteca, en las mayas y los vasallos del Inca, mientras que en épocas coloniales con el descubrimiento de América por Colon, se inicia una polémica por el establecimiento de las "encomiendas".

En efecto, el dominico Fray Antonio Montesinos (1511), y más tarde fray Bartolomé de Las Casas inicia una polémica que duraría hasta el siglo XVI y que motivo que se dictaran las LEYES DE INDIAS (1526) por Carlos I y las LEYES NUEVAS en 1542 promoviendo la libertad y un mejor trato pare los indios.

En lo que respecta a la esclavitud, también debemos tener presente la esclavitud de los negros en América (XVI), de los blancos, como es el caso de Estephen Hooper, de Bristol deportado y vendido como esclavo en las "Indias del Oriente", de los esclavos de las colonias francesas e inglesas, etc.

En cuanto a los movimientos abolicionistas de la esclavitud, tenemos las ideas filosóficas de Rousseau, Voltaire, Diderot en el Siglo XVII, la abolición de la esclavitud por la Convención Nacional de Francia, el 16 Pluvioso del Año II, posteriormente declarada nula por BONAPARTE en 1802.

Para 1815, tenemos el Congreso de Viena que constituye la primera reprobación internacional de la esclavitud; la prohibición de importar esclavos a los Estados Unidos de Norteamérica de 1804; la prohibición similar establecida en Gran Bretaña respecto a las posesiones de la Corona y el Acta

www.penlurpanama.com

de Parlamento británico que decreto en 1833 la liberación de todos los esclavos.

También dentro de este periodo debe mencionarse el efecto que tuvo sobre las corrientes abolicionistas, la publicación del libro de HARRIET BEECHER STOWE en Boston denominado "La Cabaña del Tío Tom" (1852) que muestra a los esclavos como victimas de una explotación.

En 1827, México decide abolir la esclavitud, le sigue Francia (1848), Portugal (1858), España (1868), mientras que en 1863 el ZAR Alejandro decreta la libertad de los siervos de la gleba.

En el plano jurídico internacional, es importante destacar, la Conferencia General de Bruselas (1889-1890); la Convención de Saint Germain en Laye de 1919, la Comisión Temporal de la Esclavitud designada por la Sociedad de las Naciones en 1924, y el Acta de Bruselas, entre otras.

Finalmente, en 1926 la Sociedad de las Naciones adopta la Convención sobre la Esclavitud, entrando en vigor en julio de 1955 con la firma de su Protocolo de modificación, y en 1956 se firma, la Convención Suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud.

II. NOCIONES GENERALES

A. Concepto de Esclavitud y Servidumbre

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española se entiende por esclavitud "sujeción excesiva por la cual se ve sometida una persona a otra, o a un trabajo u obligación".

Por su parte, indica MORA ROJAS (Fernando MORA ROJAS, "Derecho a no ser sometido a servidumbre y figuras ajenas" en **La Declaración Universal de Derechos Humanos,** Editorial Juriscentro, San

www.penjurpanama.com

José, I, p. .~) que la "esclavitud es aquella situación por la que un ser humano es propietario (dominus) de otro ser humano".

De conformidad con la Convención sobre la Esclavitud de 1926 se entiende por esta: "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos" (art. 1°).

En lo que respecta a la "trata de esclavos" por su parte el citado instrumento manifiesta que es "todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo pare venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo adquirido pare venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos" (art. 2).

En cuanto al concepto de "servidumbre" el Diccionario manifiesta que es "trabajo o ejercicio propio del siervo", "Estado o condición de siervo"; mientras que "siervo" es "esclavo de un señor".

El concepto de siervo tiene su origen en Roma, y posteriormente en la Edad Media, en la época feudal, en la cual se conocieron diversos tipos de siervos: de la gleba, bordears, colonos y villanos.

Los siervos de la gleba (laboraban en los campos del señor y estaban unidos a su case); los bordears (tenían solo muy poca sierra en el borde de la aldea feudal; los colonos (que no poseían sierra para laborar, sino humildes casuchas y que trabajaban como jornaleros) y los villanos (que tenían libertades personales, prestaban servicios al señor feudal, como por ejemplo, cuidando la sierra).

En lo que respecta al siervo, debe quedar claro que este gozaba de semi-libertad, que cuando se vendía la propiedad del señor feudal, este también era vendido, y que estaba obligado a prestar servicios regularmente, a perpetuidad.(Cfr: **Enciclopedia Jurídica Omega** , cit. p. 568 y ss., y Eduardo

www.penjurpanama.com

UMUÑA, **Los Derechos Humanos en Colombia** (transformación o revolución) Programas Editoriales, Bogotá, 1974, ps. 29 ss.).

Por otra parte, el siervo poseía una familia, un hogar y algunas veces su propia sierra.

Sobre los conceptos de esclavitud y servidumbre, las Naciones Unidas han manifestado que la "esclavitud" es un termino que entraña la destrucción de la personalidad jurídica y constituye una noción relativamente limitada y técnica; mientras que el terminó "servidumbre" es una noción más general, que abarca sodas las formas posibles de la dominación del hombre por el hombre (Cfr: **Actividades en materia de Derechos Humanos**, Naciones Unidas, New York, 1986, p. 144).

Con todo acierto, entonces, la esclavitud y la servidumbre atentan contra un derecho fundamental del ser humano su "libertad personal" porque el hombre es dueño de su propio destino, es decir, no es esclavo ni siervo de nadie: ni de una persona determinada, ni de una colectividad (Cfr: Rubén Hernández Valle, "Derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal" en **La Declaración Universal de Derechos Humanos**, cit. p. 36).

B. Formas de Esclavitud y Servidumbre

La prohibición de la esclavitud de acuerdo a los convenios internacionales de derechos humanos tiene diversas formas de manifestación: a) prohibición de la esclavitud. (Se ejercitan derechos de propiedad sobre el individuo), b) Prohibición de cualquier forma de Servidumbre. (Servidumbre por deudas, Servidumbre de la gleba. Véase art. 1-° Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud), c) Prohibición de trabajo forzado. (Derecho del individuo a la libre elección de trabajo y a no trabajar

www.penjurpanama.com

con carácter obligatorio e impuesto), d) Prohibición de cualquier otra forma análoga que se asemeje a la esclavitud. (Trafico de personas, explotación sexual venta de niños, etc.)

La prohibición absoluta de la esclavitud ha sido reconocida mundialmente como un mal que atenta contra la libertad del individuo y por supuesto ha sido abolida, sin embargo, no puede negarse que las otras formas de esclavitud, en mayor o menor medida se están practicando hoy en día.

En efecto, informes de las Naciones Unidas han señalado que existen otras formas contemporáneas de esclavitud, entre las que podemos señalar: el empleo de niños.

C. Formas de Esclavitud y Servidumbre

La prohibición de la esclavitud de acuerdo a los convenios internacionales de derechos humanos tiene diversas formas de manifestación:

a) prohibición de la esclavitud. (Se ejercitan derechos de propiedad sobre el individuo).

b) Prohibición de cualquier forma de Servidumbre. (Servidumbre por deudas, Servidumbre de la gleba. Véase art. 1-° Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud la trata de esclavos y las instituciones y practicas análogas a la esclavitud).

c) Prohibición de trabajo forzado. (Derecho del individuo a la libre elección de trabajo y a no trabajar con carácter obligatorio e impuesto).

d) Prohibición de cualquier otra forma análoga que se asemeje a la esclavitud. (Trafico de personas, explotación sexual venta de niños, etc.)

La prohibición absoluta de la esclavitud ha sido reconocida mundialmente como un mal que atenta contra la libertad del individuo y por

www.penjurpanama.com

supuesto ha sido abolida; sin embargo, no puede negarse que las otras formas de esclavitud, en mayor o menor medida se están practicando hoy en día.

En efecto, informes de las Naciones Unidas han señalado **que existen otras formas contemporáneas de** esclavitud, entre las que podemos señalar: el empleo de niños en los trabajos, en los conflictos armados, el tráfico de personas pare explotación sexual, la venta de niños, la servidumbre por deudas, el apartheid (Cfr: **Contemporary Forms of Slavery,** Fact sheet N° 14, World Campaign for Human Rights, United Nations, New York, 1991, ps. 114).

Por otra parte, la Organización Internacional del Trabajo durante la Conferencia Internacional del trabajo que se llevo a cabo en junio de 1992 (NOTIMEX, "La Esclavitud persiste, dicen" en **La Estrella de Panamá, 14 de** junio de 1992, p. L-A8 y EFE, "OIT denuncia esclavitud en América Latina" en La Prensa, 14 de junio de 1992, p. 31A.) preciso que 20 millones de personas trabajan en campos, fabricas de alfombras y de ladrillos en condiciones infrahumanas. Agrega el informe, que en la América Latina, en Perú y Brasil se ha denunciado la esclavitud de individuos que trabajan en la agricultura y la minería.

De igual forma, el informe indica que en la India diez millones de niños indios son sometidos a intensas cargas de trabajo y en muchos, de los casos los trabajadores pagan deudas contraídas por familiares, así como alimentos, herramientas de trabajo e intereses de adelantos. Los nidos de entre cinco y 14 años son utilizados en tareas agrícolas, de construcción y fabricas y en muchos caves son secuestrados pare luego someterlos a castigos corporales, sexuales, hambre y explotación laboral.

www.penjurpanama.com

III. LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

A. Los Instrumentos Internacionales Generales

El primer documento internacional de carácter general que trace referencia a la prohibición de la esclavitud y servidumbre es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En su articulo 4° el citado documento dice lo siguiente:

> "Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas".

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de Las Naciones Unidas en su resolución 2200A (XXL) de 16 de diciembre de 1966, dice así en su articulo 8:

> 1. Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en sodas sus formas.
>
> 2. Nadie será sometido a servidumbre.

En lo que respecta a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 el art. 6° manifiesta lo siguiente:

> 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto estas como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en sodas sus formas.
>
> 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalado pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser ellas interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El

www.penjurpanama.com

trabajo forzoso no debe afectar la dignidad ni la capacidad, física e intelectual del reclutado".

B. En los Instrumentos Específicos

Sobre los instrumentos adoptados con la finalidad de abolir esclavitud y las practicas análogas, podemos mencionar la Convención sobre la Esclavitud de 1926, Protocolo (1953); el Convenio la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena (1949); la Convención Suplementaria sobre la Abolir de la Esclavitud, Trata de Esclavitud, las Instituciones y practicas análogas a la esclavitud (1955); la (1955) la Convención sobre la Alta Mar (195 los Convenios de la OIT sobre Trabajo Forzado (1932) y sobre la Represión y el Castigo del Crimen de APARTHEID de 1973.

Seguidamente pasaremos a examinar cada una de

1. Convención sobre la Esclavitud de 1926.

En 1926 se firma en Ginebra Convención sobre la Esclavitud la cual entrara en vigor el 7 de julio de 1955, siendo adoptada por la Sociedad de Las Naciones.

La convención recuerda los esfuerzos realizados previamente pare luchar contra la esclavitud, tales como el Acta General de la Conferencia de Bruselas de 1890; la Convención de Saint Germainen Laye de 1919, la Comisión Temporal Esclavitud designada por la Sociedad de las Naciones en 1924, el Acta de Bruselas, etc.

En su contenido de doce artículos, el citado convenio establece el concepto de "esclavitud" (art. 1) el cual dice lo siguiente:

www.penjurpanama.com

> *1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o alguno de ellos.*
>
> *2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos" (art. 1°).*

Por su parte, el convenio establece un compromiso pare las Altas Partes contratantes de "porvenir" y reprimir la trata de esclavos y de procurar de una manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión complete de la esclavitud en todas sus formas (art.2).

También indica la convención en su art. 3° que: "las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todos las medidas útiles conducentes a prevenir y reprimir el embarque, desembarco y transporte de esclavos en sus aguas territoriales, así como en general, en todos los barcos que enarbolen sus pabellones respectivos".

El convenio sobre la esclavitud de 1926 establece también el compromiso de las partes pare asistirse mutuamente pare llegar a la supresión de la esclavitud y la trata de esclavos (art. 4°).

Desde otro punto de vista, el art. 5° de la convención reafirma que los estados reconocen "que el recurso al trabajo forzoso u obligatorio puede tener grave s consecuencias y se comprometen cada uno en lo que concierne a los territorios sometidos a su soberanía, jurisdicción, protección dominio

www.penurpanama.com

(suzerainete) o tutela a tomar las medidas pertinentes pare evitar que el trabajo forzoso u obligatorio lleve consigo condiciones análogas a la esclavitud.

2. Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud de 1953

Mediante resolución 794 (VIII) de 23 de octubre de 1953, la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta el Protocolo que modifica la Convención sobre la Esclavitud de 1926 firmada por la Sociedad de las Naciones, reemplazando términos y palabras previstas en la misma, sin modificar el texto y contenido de la convención.

Este protocolo entró en vigor el 7 de diciembre de

3. Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y prácticas análogas a la esclavitud.

En Ginebra, el 7 de septiembre de 1956 se firma esta convención que tiene por objeto adicionar y ampliar la convención de 1926, en lo que respecta a la inclusión de otras practicas análogas a la esclavitud no prevista en la de 1926.

En este contexto, la Convención Suplementaria, recuerda en su preámbulo que "la libertad es un derecho innato de todo ser humano" y reafirma los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1943.

Por su parte, también el preámbulo manifiesta que los esfuerzos para abolir y suprimir la esclavitud a través del Convenio de 1926 y del Convenio de la Organización Internacional del trabajo (OIT) de 1930, y reitera que es necesario suprimir la esclavitud a través de la ampliación y extensión del convenio de 1926 para intensificar los esfuerzos en esta materia.

www.perijurpanama.com

El convenio que consta de VI Secciones y de 15 artículos establece que los estados deben adoptar medidas legislativas o de cualquier otra índole pare suprimir con la mayor brevedad "sodas las practicas análogas a la esclavitud (art. 1°) las cuales consisten en las siguientes":

> a) la servidumbre por deudas, o sea el estado o condición que resulta hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda los servicios prestados equitativamente valorados se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define naturaleza de dichos servicios;
>
> b) la servidumbre de la gleba, o sea la condición de la persona que esta obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una sierra que pertenece a otra persona y a prestar esta mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad pare cambiar su condición.
>
> c) toda institución o práctica en virtud de la cual:
>
> > i. Una mujer, sin que le asista el derecho a oponerse es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida de dinero o en especie entregada a sus padres, o a su tutor, a su familia o cualquiera otra persona o grupo de personas;
> >
> > ii. El marido de una mujer, la familia, o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero o titulo oneroso o de otra manera;

www.penjurpanama.com

iii. La mujer a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d) Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres o uno de ellos, por su tutor a otra persona, mediante remuneración o sin allá, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven" (art.1°).

Por su parte, el art. 2° manifiesta que los Estados Partes deberán de comprometerse a establecer edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de procedimiento en la cual se ejerza la libertad de matrimonio y la libertad de los cónyuges pare manifestar su consentimiento libremente ante una autoridad civil o religiosa, con el objeto de poner fin a las practicas previstas en el inciso c) del articulo 1°.

En lo que respecta a la Sección III (La Trata de Esclavos) el art. 3° manifiesta que se entiende por esto "todo acto de transportar o de intentar transportar esclavos de un país a otro, por cualquier medio de transporte o la complicidad en dicho acto".

En este contexto, la trata de esclavos manifiesta la convención que debe constituir delito en las legislaciones de los Estados Partes castigado con penes muy severas y que los mismos deben adoptar las medidas necesarias a fin de que sus buques o aeronaves se utilicen pare dichos fines, así como también los puertos, aeropuertos y costas.

En la Sección M (Disposiciones comunes a la esclavitud y a las instituciones y practicas análogas a la esclavitud) señala la convención que la práctica o el acto de "mutilar o de marcar a fuego o por otro medio a un esclavo o a una persona de condición servil ya sea pare indicar su condición, o

www.penjurpanama.com

pare infligirle un castigo, o por cualquier otra razón o la complicidad, se considerara delito en la legislación de los Estados Partes (art.. 58).

También indica la convención que el "hecho de reducir a una persona a esclavitud, o de inducirla a enajenar su libertad o la de una persona dependiente de ella pare quedar reducida a esclavitud, la tentativa de cometer estos actos o la complicidad en ellos o la participación en un acuerdo pare ejecutarlos, constituirán delito en la legislación de los Estados Partes en la Convención y las personas declaradas culpables incurrirán en penalidad.

La Sección IV se destine a señalar las Definiciones de Esclavitud, Trata de esclavos (art. 7°a, b, c) y otras, mientras que la Sección V (Cooperación entre los Estados Partes y transmisión de información.

En cuanto a Las definiciones, la convención indica lo siguiente:

a) La esclavitud, tal como esta definida en el convenio sobre esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y "esclavo" es toda persona en tal estado o condición;

b) La expresión "persona o condición servil, indica a toda persona colocada; la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o practicas mencionadas en el artículo 1° de la convención;

c) "Trata de esclavos" significa y abarca todo acto de capture, de adquisición de disposición de una persona con intención de meterla a esclavitud; todo acto de adquisición de esclavo con intención venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y general

www.penlurpanama.com

todo acto de, comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado".

Por su parte, la sección refiere al compromiso de los Estados Partes de cooperar para dar cumplimiento al convenio, así como la de remitir toda la legislación puesta en vigor para dar efecto a las disposiciones del convenio.

Finalmente, la Sección VI (Disposiciones Finales) se destine a la Interpretación, Reserva, Firma de la convención.

4. Convenio de la O.I.T. sobre Trabajo Forzoso

En 1930, la Organización Internacional del Trabajo adopta el Convenio N° 29 sobre Trabajo Forzoso, el cual entro en vigor el 19 de mayo de 1932.

Mas tarde, en 1957, el 25 de julio se adopta el Convenio N° 105 con el fin de "eliminar ciertas formas de trabajo forzoso u obligatorio violatorio de los derechos humanos".

En tal sentido, el art. 1° de este Convenio determine que todo estado miembro tiene el compromiso de suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio.

a) Como medio de coerción o de educación política o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social y económico establecido;

b) Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico;

c) Como medida de discipline en el trabajo,

d) Como castigo por, haber participado en huelgas,

e) Como medida de discriminación racial, social nacional o religiosa.

www.penjurpanama.com

Por otra parte, indica el convenio que los Estados Partes se obligan a tomar las medidas eficaces para la abolición inmediata y complete del trabajo forzoso u obligatorio (art.2).

5. Convención sobre la Alta Mar

Mediante resolución 1105 (X) de 21 de febrero de 1957, la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta la Conferencia Internacional de Plenipotenciarios, la Convención sobre la Alta Mar, que establece las condiciones pare el ejercicio de la libertad de los mares.

De conformidad con el art. 22 de dicha convención, un buque de guerra puede abordar, pare efectuar un registro, a un buque mercante en alto mar si existe motivo fundado pare creer que dicho buque se dedica a la trata de esclavos.

6. Convención para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena

El 2 de diciembre de 1949, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaron mediante resolución 317 (IV) el presente convenio que tiene por objeto "castigar a toda persona que para satisfacer pasiones de otra: 1) Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona y 2) Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona (Art. 1).

El convenio en sus veintiocho artículos y en su preámbulo reitera que la "prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas pare fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humane y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad".

www.periurpanama.com

El convenio establece el compromiso pare los Estados Partes de castigar a toda persona que 1) Mantuviere una case de prostitución, la administre o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2) diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, pare explotar la prostitución ajena" (art. 2).

De igual forma, el convenio establece otras medidas relativas a los actos que son susceptibles de castigo (art. 3); a las medidas en caso de extradición (art. 9), al establecimiento de medidas pare la prevención de la prostitución (art. 16), etc.

7. Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid

En noviembre 30 de 1973 aprueba la Convención.. sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En su articulo II, manifiesta que la expresión "crimen de apartheid; denotara los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación grupo racial de personas y cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente: e) la explotación del trabajo de los miembros de uno o mas raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso".

IV. LA ESCLAVITUD Y SERVIDUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PANAMEÑO

La República de Panamá ha adoptado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Ley N° 14 de 28 de octubre de 1976 (G.O. N° 18.373 de 8 de julio de 1977); la Convención Americana sobre

www.penjurpanama.com

Derechos Humanos (Ley N° 15 de 28 de octubre de 1977. G.O. N° 18.468 de 30 de noviembre de 1977); la Convención Internacional sobre la Represión y el castigo del crimen de Apartheid (Ley N° 8 de 26 de octubre de 1976 G.O. N° 18.279 de 18 de febrero de 1977). Las convenciones sobre la esclavitud no han sido ratificadas por Panamá, mientras que sobre Trabajo Forzoso, fue aprobada mediante el Decreto de Gabinete N°372 de 17 de diciembre de 1970 (G.O.N° 16.758 de 24 de diciembre de 1970) la recomendación N° 36, y mas tarde mediante Decreto N° 26 de 30 de noviembre de 1981 (G.O. N° 19.480 de 8 de enero de 1982) se dictan disposiciones pare reglamentario(10)

A. Introducción

El Istmo de Panamá, según manifiesta GUZMÁN NAVARRO (Cfr: **La Trata Esclavista en el Istmo de Panamá durante el siglo XVIII**, ps. 27 y ss.) un paso importante en la trata de esclavos durante casi un siglo muchos esclavos fueron traficados en Hispanoamérica durante el periodo de 1551-1640.

En este sentido, se abastecieron las posesiones francesas de América por tres compañías: la de Santo Domingo, la de Senegal y Guinea, siendo el primer ingreso de esclavos el 20 de marzo de 1703 con el arribo de 500 cabezas (Guzmán Navarro, p. 27).

Durante el lapso de 1703 a 1713 los franceses introdujeron directamente de África, por el asiento francés, según la Real Contaduría de Portobelo un total de 6,864 esclavos negros.

A partir de 1713 los ingleses despojan a los franceses de este comercio y durante veinticinco años la introducción de esclavos a Hispanoamérica se realiza por la South Sea Company, la Royal African Company y la East India company, bajo la aprobación de la corona inglesa.

www.penjurpanama.com

En lo que respecta a Panamá, sostiene GUZMÁN NAVARRO (p. 63) que las operaciones en Panamá se inician a partir de 1713, siendo Portobelo la mas importante, de tal forma que dentro del periodo de 1715 a 1738 se introducen 6,213 esclavos negros.

Más tarde en 1739, la trata de esclavos es objeto de modificaciones en el Istmo y se den las denominadas "licencias por alto", se introducen 1,125 esclavos negros, y luego en el periodo de 1748 hasta 1795 son introducidos como mínimo 12,430 esclavos.

En 1792, Panamá abandona el rol que por tres siglos y medio, desempeñará como centro de distribución de mano servil a los dominios españoles del pacifico americano (Guzmán Navarro, p.152) y en 1794, es declarado nuestro país el "libre comercio de esclavos", aunque el decreto de 21 de junio "no logra reactivar aquellos por lo que jamás tuvo vocación el Istmo de Panamá, es decir, el tráfico esclavista". (Guzmán Navarro, p. 173.

Para, 1813 el Istmo con una población de 87,312 habitantes, tenia alrededor de 2,000 esclavos y paulatinamente fueron declarándose mas redenciones y manumisiones.

En 1821, al unirse Panamá a la Gran Colombia, se dicta la denominada "libertad de vientre" promulgada en Cúcuta el 21 de julio.

Mas tarde, en 1839, Don José Ignacio de Márquez presidente de la Nueva Granada "concede la libertad a los hijos de esclavos nacidos desde el día de la publicación de la Ley" del 21 de julio de 1821.

En 1851, se procede a realizar varias manumisiones en virtud de una orden oficial y se le da cumplimiento a la orden manumitiendo 195 esclavos; con posterioridad en 1852, se "declare oficialmente la libertad de todos los esclavos existentes en la República, de tal forma que queda abolida

www.penlurpanama.com

textualmente la esclavitud y se extingue formalmente el sistema esclavista en Panamá".(14)

B. La Esclavitud y Servidumbre en la Legislación Panameña

1. En los textos constitucionales

La primera carta constitucional de 13 de febrero de 1904 establecía en su articulo 1910 siguiente:

> "No habrá esclavos en Panamá. El que siendo esclavo, pise el territorio de la República, quedara libre".

En tal sentido, la Constitución de 1904 expresamente abolió la esclavitud en nuestro territorio nacional considerándose todos los ciudadanos esclavos en el país como ciudadanos libres.

El principio consagrado en dicho texto constitucional no se contempla de manera expresa en los textos constitucionales que se dictaron en fechas posteriores, tales como el de 1941, 1946, 1972 y en sus actos reformatorios.

www.penjurpanama.com

V. CONSIDERACIÓN ESPECIAL A LA PROTECCIÓN PENAL CONTRA EL TRÁFICO DE PERSONAS

A. Determinaciones previas

Una revisión al Código Penal vigente permite advertir que en el Capítulo III “Delitos contra la Comunidad Internacional”, en el artìculo310, se sanciona el delito de Asociación internacional para traficar con personas o drogas, con pena de quince a veinte años de prisión.(Arango Durling, “El párrafo primero del artículo 310 del Código Penal”, en **Boletín de Informaciones Jurídicas No.21**, julio-diciembre,1984, ps.53 y ss.)

En este sentido, el legislador patrio ha incorporado legislativamente un delito de trascendencia internacional, que aunque directamente tutela la

“personalidad jurídica del Estado”,por otro lado, eventualmente sanciona los actos de tráfico de personas, ya sea para prostituirlos o explotarlos.

Por otro lado, con posterioridad, en diciembre de 1995, se incorpora el artículo 310A, que castiga el Tráfico migratorio de personas.

En el derecho comparado se observa, que existen delitos que castigan los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal de personas, con ánimo de lucro, empleando la violencia, intimidación o engaño, como hechos atentatorios contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, aunque se haya indicado por la doctrina que su ubicación es cuestionable, por ser el objeto distinto y autónomo a toda protección de derechos laborales, y que mas bien lo que dota de antijuricidad este delito sea el “traslado ilegal”, en la que se concreta un atentado contra la dignidad humana, por su consideración de mercancía, de “cosas”, en la que se le da un trato vejatorio a los seres humanos.(Carolina Villacampa Estiarte en **Comentarios al Código Penal**, Aranzadi, Editorial, Navarra, 1996)., p.1517) .

B. El Delito de Asociación Internacional para Traficar con personas o drogas.

1. Tipo Objetivo: La conducta típica

El primer párrafo del artículo 310 del Código Penal de 1982, dice lo siguiente:

> “El que dirija o forme parte de una organización internacional de carácter internacional dedicada a traficar con personas o drogas, será sancionado con pena de diez a quince años”.

Se trata de un hecho que consiste en “dirigir” o formar parte” de una organización de carácter internacional dedica a traficar con personas, hecho condenable desde la perspectiva de los instrumentos internacionales de

www.penlurpanama.com

derechos humanos, que disponen que nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, como por ejemplo, la trata de esclavos y de mujeres.

Se entiende por “trafico de personas” el traslado de hombres, mujeres o niños, ya sea con el animo de explotarlos para prostituirlos o con cualquier otro fin, como por ejemplo para esclavitud”.

En el ámbito internacional la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores de 18 de marzo de 1994, señala que el tráfico internacional de menores, es la “sustracción , el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención de un menor con propósitos ilícitos”, entendiendo por estos últimos, el secuestro, el consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin e lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito que sea en el Estado de residencia habitual del menor en el Estado parte en el que el menor se encuentre.

Indudablemente, que el tipo penal no determina cual es el medio de comisión del delito, de ahí que pueda ser por engaño, intimidación o cualquier otro medio, contraviniendo las disposiciones internacionales de Derechos Humanos, que prohíben, cualquier traslado ya sea con fines de trata de esclavos y de mujeres., o prostitución.

2. Tipo objetivo: Los sujetos

El sujeto activo de este delito son los directores, promotores, organizadores, y en general, cualquier persona que forme parte de la organización internacional, lo que determina que el legislador ha previsto un concepto extensivo de autoría.

www.penjurpanama.com

El sujeto pasivo es múltiple, en primer término, es el Estado y en su defecto la Comunidad Internacional,, estimándose por algunos, que la persona que es trasladada es simplemente, una victima o perjudicado del delito.

3. Tipo Subjetivo

Estamos ante un hecho que solo puede ejecutarse dolosamente, en la que el móvil del agente consiste en el ánimo de traficar con las personas, que usualmente se ejecuta con fines de obtener un beneficio económico, no es posible la culpa.

4. Formas de aparición delictiva

Se trata de delitos de peligro abstracto, que no requieren un resultado, y en la que la consumación coincide con la acción descrita en el tipo penal.

5. Penalidad

La pena para este delito es de diez a quince años de prisión.

C. El Trafico Migratorio Fraudulento

1. Cuestiones fundamentales

En diciembre de 1995, el legislador adiciona la siguiente disposición que castiga a toda persona que realiza el trafico de personas, cuyo tenor es el siguiente:

Art. 310ª:

> "El que intervenga de cualquier forma en el tráfico de personas con el consentimiento de estas, evitando o evadiendo fraudulentamente, de alguna manera los controles de migración establecidos en el territorio continental de la Republica, será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión".

www.penurpanama.com

En el derecho comprado ya hemos indicado que existe legislación que sanciona la entrada clandestina de extranjeros, como es el caso de Alemania, Francia y en general en los países de la Unión Europea., y ese traslado ilegal supone un acto consentido, o por el contrario un hecho en la que se emplea la violencia, la intimidación, el engaño, o un abuso de una situación de necesidad de la víctima.

La tutela penal en este delito, recae sobre la dignidad humana, dado que el trafico de personas o transporte de personas cual si fueran cosas, es lo que se trata de evitar, "es la cosificación de seres humanos, su trata o como mercancía.(Villa campa Ep.1522)

Para otros, la intención del legislador es la de sancionar todos los actos de fomento o colaboración con el trafico ilícito de personas que tengan como punto de conexión geográfica el territorio español, resultándole indiferente que tenga por objeto la salida ilegal de personas del territorio, su entrada ilegal o su mero transito. (Carmen Lamarca Pérez, Manual de Derecho Penal, Parte Especial, p.413).

En esa línea se castigan estos actos, por el hecho de realizarlos en la clandestinidad (Calderón Choclan, p.919), y sin cumplir con las normas administrativas sobre migración.

Sostiene MUÑOZ CONDE (p.293), que la intervención penal en esta materia, en la que se eleva a categoría de delito la inmigración de manera clandestina, se debe al aumento progresivo de la emigración clandestina desde otros países económicamente mas desfavorecidos principalmente africanos) a España o de paso por España, a otros países europeos, hecho que preocupa a los países receptores, no solo porque ello pueda perjudicar los derechos de los trabajadores emigrantes clandestinos, sino sobre todo porque perjudica

www.penjurpanama.com

notoriamente los derechos laborales de los propios ciudadanos afectados por los altos niveles de desempleo.

Por lo que respecta a nuestro país, en la exposición de motivos de este anteproyecto, de septiembre de 1995, el legislador manifestaba su preocupación por el incremento del tráfico de personas, y exhortaba a los demás estados a que adoptaran normas que permitan que se impongan sanciones severas a quienes se dedican al criminal negocio del trafico de seres humanos. En ese sentido, justificaba la inclusión de esta figura delictiva, por el incremento de estas actividades destinadas a la introducción ilegal de personas en nuestro país, con el consentimiento de estas, frente a la falta de normas sancionatorias de esta conducta, que hacen necesario que sea establecido una sanción severa.

Se advierte, que la conducta típica abarca no solo a quienes directamente realicen el tráfico de personas, sino a cualquier persona que contribuya en el tráfico ilegal, de ahí que el legislador haya equiparado la conducta del autor con conductas de participación criminal.

www.penjurpanama.com

2. Tipo objetivo

El sujeto activo en estos delitos es indiferente, mientras que el sujeto pasivo, aunque la norma de manera explícita señala a las “personas”, por razón de su ubicación, dentro de los Delitos contra la Personalidad Jurídica del Estado, es el Estado Panameño y la Comunidad Internacional., recayendo la condición de perjudicado o víctima en la persona que ha dado su consentimiento para este hecho delictivo.

Las acciones punibles alcanzan a todo aquel que “interviene” en el tráfico de personas, desde sus directores, hasta quienes por ejemplo, los transporten, y puede recaer inclusive en un servidor público, de manera que la

fórmula empleado por el legislador en un sentido extensivo, incluya no solo a nuestro modo de ver, a los autores, sino inclusive las formas de participación criminal.

El acto de traficar, supone el acto de negociar o comerciar con el dinero y siguiendo a la doctrina, en el caso particular, supone el comercio con personas que necesariamente implicaría el animo e lucro, o bien el mero acto de trasladar personas de un lugar a otro, entendiendo que el traslado debe suponer el incumplimiento de la normativa sobre entrada y permanencia en territorio español de inmigrantes para que la conducta tenga relevancia (Villacampa Estiarte, **Comentarios al Código Penal**, p.1521).

A diferencia del delito de Asociación internacional para traficar con personas (art.310), es irrelevante que la persona haya dado su consentimiento, puesto que para efectos penales lo que interesa es que el sujeto es tratado como una cosa o mercancía, y se pone en riesgo o peligro su persona, además de que se atenta contra su dignidad.

En efecto, se puede influir en la decisión del extranjero a emigrar, a través de un medio engañoso, por la simulación de un contrato, o prometiéndole trabajo y por ende mejores condiciones de vida de las que tiene en su país de origen, o simplemente motivándolo a hacerlo a cambio e dinero, cuando ya la persona haya decidido emigrar, y por ende da su consentimiento para tal traslado.

De esta manera, en este delito hay un trasfondo económico, pues se suele buscar un beneficio que normalmente ha de sufragar la persona que acepta venir ilegalmente a España (Serrano Gómez, p.585).

3. Tipo subjetivo

Se trata de un delito doloso, y no es posible el comportamiento culposo.

www.penjurpanama.com

4. Formas de aparición delictiva

El delito bajo estudio es un delito de mera actividad, de peligro abstracto, al riesgo potencial de verse perjudicado las personas en sus condiciones del empleo, si este fuere con la finalidad de introducirlos como trabajadores en un determinado territorio (Calderón Choclan, p.919)

No es necesario que se produzca un resultado negativo para las personas, aunque si es necesario que se produzca la entrada ilegal al territorio nacional o en su caso la salida del mismo, para quedar consumado el hecho. (Serrano Gómez, p.587,Carlos Suárez-Mira Rodríguez/ (Coordinador), Manual de Derecho Penal, p.333)

5. Penalidad

La pena para este delito es de 5 a 10 años de prisión

Notas

Luis BONILLA, **Historia de la esclavitud,** Editorial Plus Ultra Madrid, 1961; Maurice Ángel Calderón/ José A. Choclán, Derecho Penal, Parte Especial, Bosch, Casa editorial, Barcelona,1999; Arturo Guzmán Navarro, La trata de esclavista en el Istmo de Panamá durante el siglo XVIII, Editorial Universitaria, Panamá, 1982; Rubén Hernández Valle, "Derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal" en La Declaración Universal de Derechos Humanos, Editorial Juriscentro, San José, 1979; LENGELLE, **La Esclavitud, Traducción** de Elvira Monagas, Oikos Tau, Barcelona, 1971; Enciclopedia Jurídica Omega, Tomo X, Edit. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959; Fernando MORA ROJAS, "Derecho a no ser sometido a servidumbre y figuras ajenas" en La Declaración Universal de **Humanos** Editorial Juriscentro, San José, 1979; Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial, Tirant lo blanch, Valencia,1996; Naciones Unidas, Actividades en materia de derechos humanos, Naciones Unidas, New York,1986; Eduardo Umuña, **Los Derechos Humanos en Colombia (transformación o revolución)** Programas Editoriales, Bogotá, 1974; Carmen Lamarca Pérez (Coordinadora) Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Colex, Madrid, 2001; United Nations; **Contemporary Forms of Slavery,** Fact street N° 14, World Campaign for Human Rights, United Nations, New York, 1991; NOTIMEX, "La Esclavitud persiste, dicen" en La **Estrella de Panamá, 14 de** junio de 1992; "OIT denuncia esclavitud en América Latina" en La Prensa, 14 de junio de 1992; Gonzalo Quintero Olivares/ Fermin Morales Prats, Comentarios al Nuevo Código penal, Aranzadi Editorial Navarra, 1996; Pablo Ramella, Crímenes contra la

www.sanjurpanama.com

Humanidad, Depalma, Buenos Aires, 1986; Carlos Suarez-Mira Rodríguez (Coordinador), Manual de Derecho Penal, Parte especial, Thomson-Civitas Madrid, 2003; La República de Panamá ha adoptado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mediante Ley N° 14 de 28 de octubre de 1976 (G.O. N° 18.373 de 8 de julio de 1977); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley N° 15 de 28 de octubre de 1977. G.O. N° 18.468 de 30 de noviembre de 1977); la Convención Internacional sobre la Represión y el castigo del crimen de Apartheid (Ley N° 8 de 26 de octubre de 1976 G.O. N° 18.279 de 18 de febrero de 1977); Las convenciones sobre la esclavitud no han sido ratificadas por Panamá, mientras que sobre Trabajo Forzoso, fue aprobada mediante el Decreto de Gabinete N° 372 de 17 de diciembre de 1970 (G.O.N° 16.758 de 24 de diciembre de 1970) la recomendación N° 36, y mas tarde mediante Decreto N° 26 de 30 de noviembre de 1981 (G.O. N° 19.480 de 8 de enero de 1982) se dictan disposiciones para reglamentarlo; Alfonso Serrano Gómez, Derecho Penal, Parte Especial, Dykinson, Madrid, 2003.

www.penjurpanama.com