

17 de mayo de 1996,

Licenciado
RAUL MONTENEGRO DIVIAZO
Ministro de Gobierno Y Justicia.
E. S. D.

Señor Ministro:

Complacidos le brindamos nuestra opinión jurídica respecto a su interrogante, plasmado en la Consulta administrativa identificada como Nota No. 467 D.L, fechada 22 de marzo pasado.

Su pregunta está redactada en la siguiente forma:

"... solicito a usted, con el respeto que se merece, se sirva hacernos conocer su concepto jurídico sobre el ámbito de aplicación de la norma 310-A del Código Penal en relación con el área insular, mar territorial, las naves y aeronaves panameñas, ya que también constituyen parte del territorio nacional, y en caso de darse la aplicabilidad a las naves y aeronaves, qué criterio se adoptaría para las mismas en caso de encontrarse en un país distinto al nuestro y cuyo destino no sea la República de Panamá".

Si bien su interrogante es claro, por motivos metodológicos, nos permitimos hacer una disección de él, a fin de desentrañar sus especificidades. Así tenemos que, los elementos de su consulta, en nuestra opinión, son:

1.-Cuál es el ámbito espacial o territorial de aplicación del artículo 310-A, del Código Penal.

2.- Si el ámbito espacial del artículo 310-A llegara hasta las zonas insulares y marinas, del territorio nacional, ¿su vigencia se extendería hasta las naves que, siendo de bandera panameña, tienen un destino distinto al de la República de Panamá y se encuentren igualmente, fuera de las fronteras nacionales?

Estas preguntas están relacionadas a la aplicación en el

espacio del artículo 310-A del Código Penal, sin embargo, subyacentemente también debemos referirnos a la interpretación de este mencionado artículo del Código Penal.

A.- LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 310-A DEL CÓDIGO PENAL.

1.- Contenido normativo del artículo 310-A.

"Artículo 310-A: El que intervenga de cualquier forma en el tráfico de personas, con el consentimiento de éstas, evitando o evadiendo fraudulentamente, de alguna manera, los controles de migración establecidos en el territorio continental de la República, será sancionado con pena de 5 a 10 años de prisión".

2.- Interpretación literal del concepto territorio continental, e interpretación contextualizada del artículo 310-A del Código Penal.

a.- La interpretación literal del concepto territorio continental.

Del estudio de la problemática por Ud., planteada, creemos que en el fondo, lo que ocurre es una directa confrontación entre los dos métodos interpretativos usados para desentrañar el contenido del artículo 310-A del Código Penal.

Esto es así dado que, por un lado, se piensa que lo mejor es la adhesión al estudio estrictamente textual de la noción del territorio continental; y por otro lado, algunos creemos que lo pertinente es que se interprete el texto legal, pero interesándonos en la situación material que quiso regular, el legislador.

Ciertamente, de la interpretación que sobre este asunto, inteligentemente, brindara el Asesor Legal del Ministerio de Gobierno y Justicia, se puede inferir que el lenguaje utilizado en el artículo 310-A del Código Penal, desfigura la comprensión, que del territorio nacional, nos dan la Constitución y la... Ley. En este sentido, se dice:

"Al exponer todos estos presupuestos de lo que comprende el territorio de la República de Panamá y sobre el cual ejerce jurisdicción, no es lógico que sólo constituya delito la evasión fraudulenta de los controles de Migración establecidos en el territorio continental, ya que para las leyes y la

Constitución el territorio también lo comprenden el territorio insular, el mar territorial, la plataforma continental, el subsuelo y el espacio aéreo; por lo cual creemos que es la intención del legislador excluir las islas y el mar territorial.

La Asesoría Legal es de la opinión de que se considera delito la conducta de participar de cualquier forma e el trasiego de personas, si el infractor evita o evade los controles migratorios establecidos tanto en el territorio continental como insular, ya que el ámbito de aplicación de las leyes migratorias abarca todo el territorio de la República de Panamá"

Como se puede ver, la interpretación de la Asesoría Legal, pareciera estar inspirada en su análisis del término **TERRITORIO NACIONAL**.

Con el mismo prisma interpretativo, por primera vez, en la fase de iniciación del proceso formativo de la Ley 53 de 1995; el Licenciado SALVADOR SÁNCHEZ, Asesor Legal de la Comisión de Gobierno Y Justicia de la Asamblea Legislativa, de esa época, sobre esta problemática dijo:

"Del mismo modo, cuando se examina el Artículo 310 del Código Penal, pareciera abarcar el tráfico de personas contenida en el artículo 8 del Proyecto de Ley Nº.10. Pero el Procurador alega que el actual Artículo 310 ha sido interpretado por el órgano Judicial en el sentido de condenar la "esclavitud", lo que restringirá su aplicación a los supuestos señalados de la violación de normas migratorias.

Más extraño resulta el problema de aplicar ese mismo artículo 8 únicamente al territorio continental panameño. El problema de los territorios insulares (como situación de hecho), así como la necesaria cobertura nacional del Derecho Penal (como situación jurídica), y la aplicación del derecho panameño a hechos acaecidos en el extranjero (una posibilidad consagrada en nuestra legislación penal) tiene múltiples incidencias sobre este concepto. Creemos que su inclusión

en el Proyecto de Ley N^o. 10, a pesar de la razonada exposición del Procurador General de la Nación, en la que señaló los problemas surgidos en barcos de bandera panameña dedicados al tráfico de personas, no parece haber sido evaluada con la profundidad que amerita el caso".

Igualmente, en la fase de formación de esta ley, pero ya en segundo debate, los legisladores LORENZO ACOSTA y OYDEN ORTEGA DURAN, se adhirieron a esta visión interpretativa, que por lo demás resulta muy curiosa. Ellos señalaron:

"H.L. LORENZO ACOSTA:

Yo quisiera que algún miembro de la comisión correspondiente o algunos de los visitantes nos aclarase un concepto que plantea para nosotros algunas inquietudes. En que se habla en el artículo 9, que adiciona el Artículo 310-A al Código Penal, de que el que intervenga, en cualquier forma, en el tráfico de personas evitando o evadiendo fraudulentamente de alguna manera los controles de migración establecidos en el territorio continental; esa palabra "continental" a nosotros nos llama la atención, porque de acuerdo con nuestra Constitución Política, el territorio nacional está debidamente definido; el territorio lo compone, precisamente la superficie terrestre, el mar territorial, la plataforma continental submarina, el espacio aéreo, el subsuelo, el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica; pero si aludimos al concepto de continental estamos, precisamente, extendiéndonos más allá del territorio bajo la soberanía panameña; me parece que ese concepto debe aclararse. Le agradezco a algunos de los visitantes.

H.L. OYDEN ORTEGA DURAN:

Yo quisiera que se considerara también la posibilidad de ... o por lo menos que se tenga en cuenta que para los efectos constitucionales, el territorio panameño no sólo lo compone el territorio continental, sino la plataforma continental submarina, el espacio aéreo, el subsuelo; y creo, entonces, para los efectos del colega Lorenzo Acosta, que así como se agrega "insular", deberían

considerarse otras circunstancias, porque también hay la ficción de extraterritorialidad, cual sería el caso, por ejemplo, de los controles en los barcos de bandera panameña, aun cuando éstos estén en alta mar, porque ahí rige la Ley panameña en esos buques".

De estas observaciones anotadas se infiere la preocupación de que en la norma legal "IN EXAMINE", se limitara la noción constitucional del Territorio del Estado Panameño, y la de la aplicación territorial del derecho penal panameño.

b.- Interpretación contextual o situacional de lo que se quiso normar en el artículo 310-A.

En el sentido interpretativo opuesto al premencionado, se encuentra el de los promotores de la Ley: El Procurador de la Nación y la Comisión de Gobierno de la Asamblea Legislativa.

Ante los inteligentes cuestionamientos formulados en la fase de formación de la Ley 53 de 1995, vemos que, a La Comisión no le pareció relevante detenerse a estudiar las objeciones postuladas por el Licenciado SALVADOR SANCHEZ. Sin embargo, en el segundo debate, al representante del Procurador General de la Nación, Licenciado JOSE MARIA CASTILLO, si le preocuparon los cuestionamientos de los Legisladores ACOSTA y ORTEGA DURAN, al punto de llegar a explicar las razones justificativas de su propuesta. Explicó el Licenciado Castillo, lo siguiente:

"LIC. JOSE CASTILLO, SECRETARIO DE LA PROCURADURIA:

El Artículo habla de territorio continental de la República; o sea, se refiere a la República de Panamá. La duda que tenemos acá, es sobre si la palabra territorio continental incluye las islas. Nosotros entendemos que sí, sin embargo, el Código habla de área continental e insular. El propósito del artículo es el siguiente: no se desea incluir las naves en este artículo, por cuanto hay un grave problema de inmigración, sobre todo oriental, en barcos; por ejemplo, hace, aproximadamente, tres meses había un barco que venía de Oriente con cuatro mil chinos y hubo una disputa en el sentido de que era responsabilidad del gobierno panameño tramitar la deportación de esas cuatro mil personas; nosotros, calculábamos que nos costaba ocho

millones de dólares y el Gobierno Norteamericano, que terminó haciendo el trabajo, le costó quince millones de dólares. Esta situación se presenta con cierta frecuencia; y, definitivamente, no tenemos ninguna necesidad de hacernos cargo de esta situación. Es por ello que nosotros queremos evitar la fricción de las naves de bandera panameña, tanto marítimas como aéreas y reservarnos al territorio nacional; puede esto incluir las islas o cualquier otra situación". (sic).

"LIC. JOSÉ CASTILLO SECRETARIO DE LA FISCALÍA:

El propósito de este Artículo es regular como una conducta punible el negocio de traficar con seres humanos que dan su consentimiento; esto es personas que pagan dinero en Oriente, en la India, en cualquier país para que un negociante los traiga en barco en avión. O sea, esto no pretende convertir en una conducta punible el inmigrante ilegal, sino la persona que lo está trayendo y que genera ganancia con esta actividad. El Estado panameño, desgraciadamente, no tiene la capacidad de regular las conductas de ese tipo que se dan en las naves de bandera panameña. En lo que nosotros tenemos de estar en la Procuraduría han pasado dos situaciones como las que les acabo de reseñar; y es por ello que nosotros estamos tratando, expresamente, de excluir esta conducta punible en lo que se refiere a naves panameñas; eso significa que mientras la nave no entra a un territorio continental o insular o la plataforma, el espacio aéreo, etc. no aterrice, no trate de hacer una evasión indebida de los controles migratorios, no se daría el perfeccionamiento del tipo penal.

En una situación que realmente es curiosa, sin embargo, es real; o sea, nosotros no podemos disponer de múltiples millones de dólares para atender cada barco de bandera panameña, que es la marina mercante más numerosa del mundo; que viene con orientales y que es atrapado cerca de Hawái o llegando a Los Angeles; no tenemos la capacidad de ir a atender esa situación y traer ese barco aquí a Balboas y bajar esa

gente; no podemos hacerlo; indudablemente, que no podemos". (sic).

En conversación sostenida con el Licenciado CASTILLO, podemos inferir que a la Procuraduría General de la Nación le inquietaba el hecho de que en Panamá se controlara (vía tipificación penal) la conducta de traficar con personas, cuando el destino de éstas lo sea nuestra República.

Así tenemos, que esa Procuraduría se cuidó de aclarar que esa disposición pretende perseguir al transportista de los inmigrantes ilegales, cuando pretendiera traerlos a Panamá. Y por esto era necesario señalar que el delito se configuraba cuando el transportista evitara o evadiera los controles migratorios establecidos dentro del territorio nacional.

En otros términos, ello significa que el transportista tendría que penetrar al territorio del Estado Panameño, y además, eludir los controles migratorios apostados aquí. Así tendríamos que las conductas similares, pero realizadas fuera de las fronteras nacionales y sin el ánimo de que ingresen esas personas a Panamá, no tendrían descritas una punibilidad, al menos a lo que la jurisdicción penal panameña se refiere.

B.- ELEMENTOS Y CONCEPTO DEL TIPO PENAL DESCRITO EN EL ARTICULO 310-A DEL CÓDIGO PENAL.

Creemos que una posible solución a la presente duda interpretativa, estaría dada respecto a saber, cuáles son los elementos característicos del delito de tráfico de personas.

1.- ELEMENTOS

A nuestro juicio, este es un delito de mera conducta y de acción alternativa que consiste en transportar a personas no nacionales y sin el visado de nuestro país, es decir, sin el permiso de las autoridades migratorias, con la finalidad de introducirlos a Panamá.

Igualmente debemos dejar claro que este delito está configurado en una oración compuesta, en la que si bien el sujeto es el mismo: el traficante, sus predicados son diferentes. Aquí la oración compuesta tiene dos situaciones: la condición punitiva y el cuántum de la sanción penal. Esta última situación está subordinada a la primera.

Luego del pronombre relativo en tercera persona: el que, llega el reproche al autor: intervenga, luego se plantea el complemento predicativo: en el tráfico de personas. Como se ve, en esta

descripción el verbo es copulativo dado que lo que se predica del sujeto, no se encuentra en el verbo mismo, sino en el predicado que lo complementa.

a. - El verbo rector.

En este delito los verbos rectores lo son intervenir y traficar. O sea, intervenir en el tráfico de personas.

Traficar debe ser entendido en su dualidad de ser un concepto lato a la vez de técnico. Veamos:

En su acepción común, la Academia Española de la Lengua, entiende que traficar entraña "comerciar, negociar con el dinero y las mercancías". Igualmente, ya en sentido más específico, la misma Academia dice que traficar es "hacer negocios no lícitos".

Esta última acepción es la que en derecho nos interesa, por la razón de que en esta ciencia social, este término ha llegado para significar un tipo de actividad relacionada con el comercio o transporte ilícito de mercancías, dinero o personas.

Efectivamente, en conceptos jurídicos, la palabra traficar, refiere, según CABANELLAS DE TORRES, a la noción de "dedicarse a un comercio prohibido". En este sentido, sigue diciendo el maestro argentino, en una acepción extendida, esta palabra significa, contrabando u otra actividad mercantil ilícita, como la relacionada con los estupefacientes, la trata de negros antes y la de blancas casi siempre.

Entendemos pues, que en técnica jurídica, conviene definir la palabra traficar en el sentido de ser una actividad relativa al movimiento o tránsito de cosas o personas, la cual esta prohibida o es ilícita.

Aquí el sentido del verbo rector es el de traficar, lo que significa que el sujeto que transporte a una persona (el inmigrante) que no tiene visa, y cuyo destino es nuestro país, sin el lleno preestablecido de los controles migratorios; es el autor de este tipo especial de delitos.

A modo de una reivindicación conceptual sobre este término, digamos que en el caso específico que nos ocupa, traficar viene a ser el movimiento o tránsito de personas, que, se hace subrepticamente, con la finalidad inmediata de lucrar, y mediata de violar la ley migratoria panameña.

Con la comisión de este delito se lesiona o afecta el desarrollo económico y sociocultural del Estado Panameño, y ello es así, ya que los Estados en vías de desarrollo tropiezan con grandes dificultades: tienen que atender a una multitud de personas, asegurarles vivienda, alimentos, vestuarios, seguridad social, educación, etcétera. Y si el número de esas personas aumenta descontroladamente, por vía de la entrada ilegal de emigrantes, indefectiblemente no podrá el Estado, cumplir con semejantes obligaciones.

En palabras del profesor ruso, IGOR KARPETS, que hacemos nuestras, en esta concepción del bien a tutelar, se debe mirar lo siguiente:

"Además, las personas llegadas por vía clandestina ocasionan un daño considerable a la situación económica del país "víctima" de la emigración ilegal, crean un ejército adicional de desempleados.

En la actualidad, el Estado puede luchar contra la emigración ilegal fortaleciendo el servicio de guarda fronteras. Sin embargo, esto no siempre es fácil, especialmente para los países pequeños, también pueden combatir este mal mediante el perfeccionamiento de las leyes sobre la ciudadanía y la aplicación de medidas jurídico-penales. En muchos Estados, el paso ilegal de la frontera implica sanciones penales.

Muchos son los países que no tienen tales normas, incluidos los asiáticos, donde este fenómeno ha cobrado mayores proporciones. A nuestro juicio, teniendo en cuenta el carácter peligroso de esta actividad delictiva, es indispensable aplicar la fuerza de la ley penal; incluyendo el perfeccionamiento de la legislación, promulgando nuevas leyes, por cuanto la emigración ilegal, como fenómeno, tiene consecuencias desfavorables, y las intenciones que oculta están en franca contradicción con el respeto de la soberanía nacional y, en muchos casos, son de naturaleza expansionistas".

(KARPETS, IGOR., Delitos de Carácter Internacional., Editorial Progreso., Moscú., 1995., ps. 195, 196 y 197)

C. - CONCLUSIONES GENERALES.

1. - Si vemos con detenimiento, en la disposición legal "IN EXAMINE", no se limita la noción constitucional del territorio

nacional; sino que se aclara que para los efectos del derecho penal panameño, en esta materia, los retenes o controles migratorios deben estar ubicados en el territorio continental de Panamá. O sea, lo que debe estar ubicado en el territorio continental panameño es el sistema de verificación, inspección y vigilancia migratoria.

2.- De esto se desprende que, la comisión del delito, obviamente, debe ser cometida dentro de nuestras fronteras nacionales. Esto puesto que, se sabe que los controles migratorios de Panamá, están ubicados en nuestro suelo patrio. O sea, en el caso de marras, si el tráfico de personas se da en aguas territoriales no panameñas, aunque si en naves o buques de bandera nacional; ello no constituiría, según nuestro derecho positivo, aunque sea un delito no corresponderá la competencia a Panamá.

Aquí vale una aclaración, en cuanto a que los controles migratorios deben estar en el territorio continental. Y es que si vemos que la norma no previó que los retenes migratorios pudieran estar dentro del territorio insular de Panamá. Esta limitación y falta de previsión, no parece coronada por el acierto.

3.- Lo que si es indudable es que a partir de la vigencia de esta norma, en nuestro país ya está castigada la conducta de todo aquel que negoció la traída o tránsito, por Panamá de inmigrantes ilegales.

Con la pretensión de haber colaborado con la solución de su consulta administrativa, nos suscribimos de usted. Atentamente,

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.