

LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

Por Aresio Valiente López¹

Introducción

Todas las culturas que existen en la Tierra han creado, de acuerdo con su realidad social y basándose en su cosmovisión, normas que regulan sus vidas y resuelven los conflictos que se originan en el lugar donde habitan.

Antes de la llegada de los europeos a *Abia Yala* (que en lengua kuna significa Madre Tierra en plena madurez), los pueblos indígenas regían sus vidas según sus instituciones políticas, sociales, culturales, jurídicas y espirituales, incluyendo las normas que ordenan sus vidas y su relación con la naturaleza.

Los europeos desconocieron las instituciones, incluyendo sus normas, de las primeras naciones de *Abia Yala* –los pueblos indígenas– y trajeron consigo su propia cultura para regular la vida de todos los habitantes. Las dos instituciones europeas implantadas para regular la vida de los pueblos indígenas fueron el derecho y la religión: la espada y la Biblia.

1 Abogado kuna. Nació en Ukupseni, Comarca Kuna Yala, Panamá. Estudió en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Ha participado en la elaboración y discusión de las leyes comarcales, indígenas y ambientales. Ha sido asesor de los congresos y organizaciones indígenas, de la Comisión de Asuntos Indígenas y de la Comisión de Trabajo de la Asamblea Nacional. Ha sido consultor de la OIT, el IIDH, la OMPI, entre otras, en materia de derecho indígena. Es conferencista nacional e internacional sobre la temática indígena. Cuenta con publicaciones en materia de derecho indígena. Es expositor invitado de la Escuela Judicial del Órgano Judicial en materia de derecho indígena. Actualmente es miembro del Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) y asesor legal del Congreso General Kuna.

Hacia sistemas jurídicos plurales

El Estado panameño, al igual que otros Estados americanos, siguió aplicando las instituciones de sus antecesores. Los europeos no solamente afectaron y robaron las riquezas de los pueblos indígenas sino también instituyeron su cultura en Abia Yala. Una de las manifestaciones culturales es el derecho; por ende, la manera de administrar justicia también fue impuesta desde fuera.

A pesar de eso, las naciones indígenas de Abia Yala no se quedaron con las manos cruzadas, sino que siguieron usando sus reglas o normas para resolver los conflictos sociales que surgieran en sus territorios. Los Estados comenzaron a catalogar como inconstitucionales e ilegales esas normas indígenas, ya que supuestamente no se basan en las normas o principios adoptados por las instituciones estatales.

Desde la creación de los Estados americanos, los pueblos indígenas comenzaron a solicitar la incorporación de las instituciones indígenas en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales. Gracias a ello han sido incorporadas algunas instituciones de los pueblos indígenas en la Constitución Política, leyes nacionales, leyes comarcales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Panamá, en los cuales se han incluido las normas sobre administración de justicia indígena.

En este trabajo analizaremos la legislación y la jurisprudencia panameña en relación con la aplicación del derecho indígena en las comarcas, las cuales constituyen territorios autónomos indígenas.

I. Generales

Según el Censo Nacional de 2000, en Panamá existen ocho pueblos indígenas: Ngöbe, Kuna, Emberá, Wounaan, Buglé, Naso, Bri-Bri y Bokotas. Panamá tiene una población de 3.116.277 habitantes (al 1 de julio de 2003), y los pueblos indígenas representan aproximadamente el 10,1% de la población total de Panamá².

Los pueblos indígenas en su mayoría se han organizado en cinco comarcas: Kuna Yala, Emberá-Wounaan, Kuna de Madungandi, Ngöbe-

² Gabinete Social de la República de Panamá y Sistema de Naciones Unidas en Panamá, *Objetivos de desarrollo humano. Segundo informe*, septiembre de 2005, Panamá, p. 9.

Buglé y Kuna de Wargandi. Además, hay comunidades indígenas en territorios indígenas no legalizados. La República de Panamá tiene una superficie de 74.926,77 kilómetros cuadrados (km^2)³ y las comarcas indígenas constituyen 16.634,70 km^2 , los cuales representan el 22,20% del territorio panameño, y, al sumar los territorios indígenas no legalizados, se estima que esa proporción subiría al 25% del territorio nacional. Existen pueblos indígenas que no tienen sus territorios legalizados, como los Naso o los Bri-Bri, o algunas comunidades emberá, wounaan y kuna. Aproximadamente el 34,8% de las áreas boscosas de Panamá se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y por lo tanto éstos son ricos en recursos hídricos, forestales, mineros y de biodiversidad.

En estos últimos años, los pueblos indígenas se vienen ubicando en áreas urbanas y semiurbanas de las ciudades importantes de Panamá, buscando mejorar sus condiciones socioeconómicas. Aproximadamente el 45% de los pueblos indígenas vive dentro de las comarcas y el resto vive en las áreas urbanas y semiurbanas⁴.

Una comarca indígena es una división política especial del territorio panameño, regida de acuerdo con la ley que la crea y con las normas, costumbres y cosmovisión del pueblo o pueblos indígenas que la habitan, basada en las instituciones tradicionales indígenas creadas de acuerdo con sus valores espirituales, sociales, económicos, culturales, jurídicos y políticos. Su autoridad máxima es el Congreso General Indígena o el Consejo Indígena o la entidad política creada por ellos, cuyo representante es el Cacique o una autoridad tradicional elegida de acuerdo con su tradición⁵.

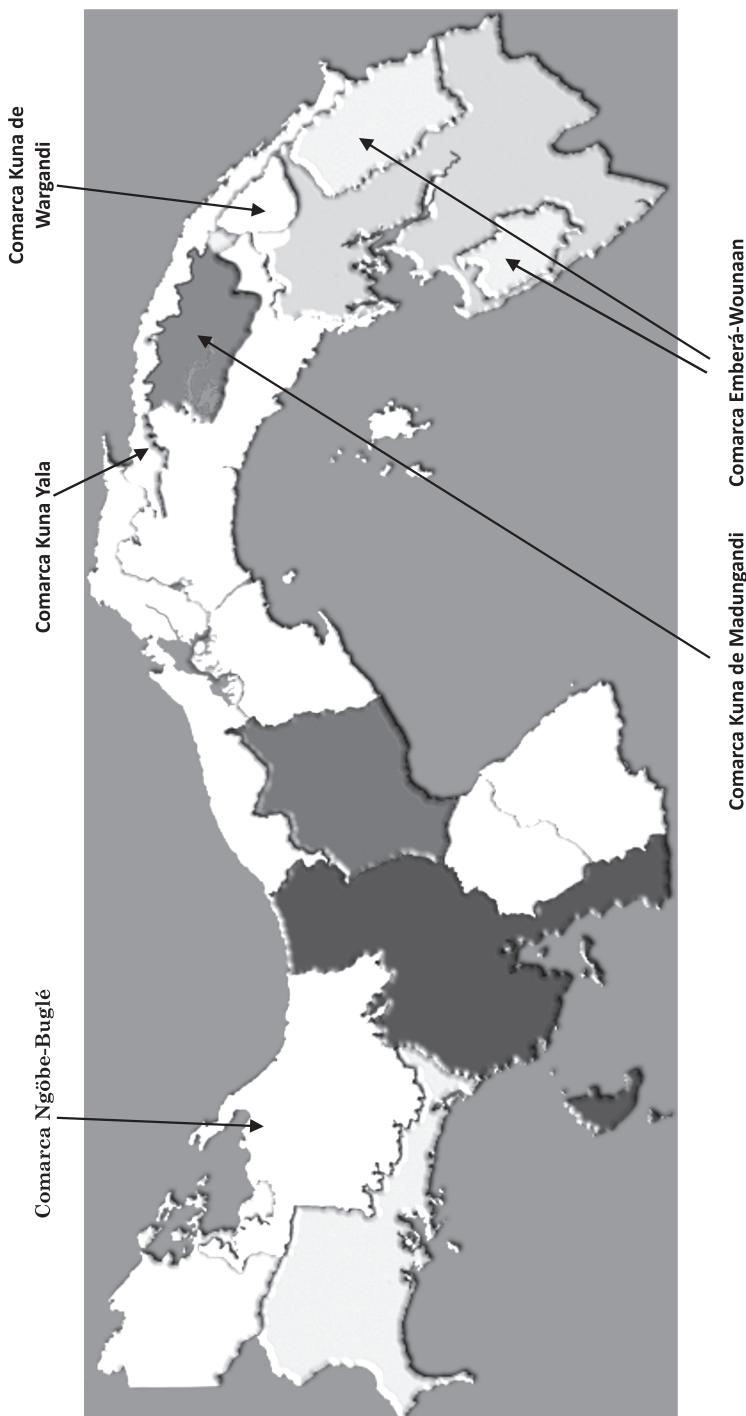
A pesar de las riquezas que poseen los territorios indígenas, el gobierno panameño no ha podido desarrollar y coordinar, entre las diferentes dependencias estatales, planes acordes con la realidad de estos

3 Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) (2003). *Informe final de los resultados de la cobertura boscosa y uso del suelo de República de Panamá: 1990-2000*. Proyecto de Fortalecimiento Institucional del Sistema de Información Geográfica de la ANAM para la Evaluación y Monitoreo de los Recursos Forestales de Panamá con Miras a su Manejo Sostenible, ANAM, Panamá, p. 16.

4 Coordinadora Nacional de Pastoral Indígena (CONAPI) y Pastoral Social -Caritas Panamá (2006). *Memoria VIII Encuentro Nacional de Pastoral Indígena 2004. Migración indígena en Panamá y la fuerza de los pequeños*, p. 80.

5 Valiente López, Aresio (2005). “Administración de justicia indígena en las leyes comarcales y en la legislación panameña”, Seminario “Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas”, 19 de agosto, San José de Costa Rica.

COMARCAS INDÍGENAS DE PANAMÁ



territorios, lo cual debe ser tomado en cuenta por las instituciones y estructuras tradicionales para que los propios indígenas sean actores de su presente y su futuro. Debe haber participación activa y paritaria de los pueblos indígenas, a través de sus representantes, desde la formulación hasta la evaluación de los proyectos de desarrollo en las áreas indígenas.

II. Constitución política, pueblos indígenas y administración de justicia

La Ley Fundamental de Panamá niega, desde su primer artículo, la existencia de los pueblos indígenas, al establecer que la nación panameña está organizada en Estado soberano e independiente, es decir, que dentro de ella sólo existe una nación. Ella no habla de la realidad social panameña ya que en la República de Panamá existen otras culturas que cuentan con sus propios idiomas, como los pueblos indígenas, las cuales constituyen también naciones. Por lo tanto, en la realidad, el Estado panameño no quiere aceptar que es pluricultural, plurilingüe y plurinacional.

A pesar del desconocimiento en el primer artículo de la Carta Panameña, en su artículo 5 ésta prevé la creación de divisiones políticas especiales y establece:

Artículo 5: El territorio del Estado panameño se divide políticamente en Provincias, éstas a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos.

La Ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público. (El subrayado es nuestro)

Realizando una interpretación histórica de la normativa, el segundo párrafo del artículo 5 establece la creación de las comarcas indígenas como divisiones políticas especiales, las cuales se rigen de acuerdo con las leyes que las crean. Como vemos, la actual Carta Magna panameña habla de divisiones políticas sujetas a regímenes o leyes especiales, y no se establece en forma expresa la creación de comarcas indígenas, como sí lo explicitaba la reforma de 1904 de la Constitución Nacional.

Hacia sistemas jurídicos plurales

Las primeras leyes que en materia indígena emitieron los Estados modernos, incluido Panamá, tenían como objetivo “civilizar a las tribus salvajes”, y en Panamá se encomendó a la Iglesia Apostólica Romana llevar a cabo esa “civilización”. El Estado panameño prohibió, mediante estas leyes, que los indígenas ejercieran su cultura. Por ejemplo las mujeres kunas no podían vestir sus molas (hoy las molas se exhiben en pasarelas de moda alrededor del mundo); los sailagan tenían prohibido entonar sus cantos tradicionales; se prohibió el uso de plantas medicinales, etc. Cansados de estos atropellos, el día 25 de febrero de 1925, el pueblo kuna se alzó en armas contra el gobierno panameño. Vencieron los kunas y declararon la actual Comarca Kuna Yala, República de Dule. Este hecho histórico se conoce con el nombre de Revolución Dule o Kuna de 1925, y trajo como resultado la modificación del artículo 4 de la Constitución Política de 1904⁶, que preveía en forma expresa que la Asamblea Nacional podría crear comarcas regidas por leyes especiales.

A su vez, no cabe duda de que el segundo párrafo del artículo 5 de la Constitución actual es una de las normas constitucionales en que se fundamenta la creación de las comarcas indígenas.

A nivel de jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, específicamente la Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado sobre el tema de las comarcas. El doctor Juan José Cevallos, actuando en su condición de Procurador Suplente, mediante Vista Fiscal N°. 350 del 4 de julio de 2000, que hace parte del fallo de la Sala Tercera del Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del 23 de marzo de 2001, con relación al caso de la Comarca Kuna de Madungandi⁷ planteó lo siguiente:

1. La división política de la República de Panamá está conformada por circunscripciones territoriales especiales denominadas “comarcas”, siendo una de ellas la Comarca Kuna de Madungandi creada mediante la Ley No. 24 de 12 de enero de 1996, teniendo su fundamento constitucional en el artículo 5 de nuestra Carta Magna. (El subrayado es nuestro)

⁶ Actos Legislativos del 20 de marzo de 1925 y del 25 de septiembre de 1928.

⁷ Demanda contencioso-administrativa de nulidad, interpuesta por el Licenciado Miguel Vanegas en representación del Corregimiento de la Comarca de Madungandi, para que declare nula, por ilegal, la sesión del Consejo Municipal del Distrito de Chepo celebrada el 2 de septiembre de 2001.

La jurisdicción... panameña - Aresio Valiente López

2. La Comarca Kuna de Madungandi cuenta con sus propios instrumentos jurídicos (Ley No. 24 de 12 de enero de 1996 y Decreto Ejecutivo No. 228 de 3 de diciembre de 1998) lo que conlleva que dicho territorio posea un régimen jurídico especial, idéntico al de las Comarcas Emberá y Nogöge (sic) Buglé.

3. La Comarca Kuna de Madungandi fue creada mediante una segregación a una fracción de tierra localizada en el Distrito de Chepo, pero este hecho no implica que aquélla forme parte integrante de este Distrito, puesto que las Comarcas tienen una organización político-administrativa distinta e independiente a la de los Distritos y Corregimientos. (El subrayado es nuestro)

4. Demuestran la independencia y autonomía de la Comarca Kuna de Madungandi, el hecho que esta circunscripción territorial cuente con una autoridad máxima denominada Congreso General, así como con otros grupos comarcales, tales como el Congreso Tradicional, Regional y el Local; los que se rigen por sus tradiciones y costumbres, adoptan sus propias decisiones, las que no pueden ser contrarias a la Constitución ni a las leyes de la República. (El subrayado es nuestro)

En síntesis, la Sala Tercera de la Corte de Suprema de Justicia de Panamá determinó que una comarca es una de las divisiones políticas que existen en Panamá, que es independiente y autónoma de otras divisiones políticas, y que en ella la autoridad máxima es el Congreso General Indígena. Igualmente se reconocen otras instituciones tradicionales indígenas, las cuales se rigen según la tradición y costumbre indígenas. En la República de Panamá hay entonces 14 divisiones políticas (9 provincias y 5 comarcas), además de distritos y corregimientos.

Uno de los artículos constitucionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas es el que a continuación transcribimos:

Artículo 90: El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus

Hacia sistemas jurídicos plurales

lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos. (El subrayado es nuestro)

Cuando la Ley Fundamental panameña establece el respeto a la identidad étnica, debemos interpretar no sólo los aspectos físicos sino todos los elementos culturales, sociales, económicos y espirituales que los pueblos indígenas han practicado o poseído mucho antes de la creación en 1903 del Estado panameño. Dentro de esos elementos se debe incluir la manera de resolver sus conflictos sociales.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en su Resolución del 6 de diciembre de 2000⁸, determinó lo siguiente:

La protección del medio ambiente, el respeto a la tradición cultural y étnica de las comunidades indígenas nacionales, al igual que la preservación de los sitios y objetos arqueológicos que sean testimonios del pasado panameño son valores de superior jerarquía que tienen por su naturaleza explícita consagración en nuestra normativa constitucional. (Véanse artículos 81, 86 y 115 de la Constitución Nacional) (Los subrayados son nuestros)⁹

En otras palabras, los valores sociales, culturales y espirituales que los pueblos indígenas practican son parte de los derechos indígenas, los cuales tienen jerarquía constitucional y por ende, las leyes no deben menoscabar dichos derechos constitucionales. Por lo tanto, se debe entender que estos valores incluyen las normas indígenas (derecho indígena) a través de las cuales los pueblos indígenas resuelven los conflictos sociales que surjan en sus territorios.

En su artículo 202, la Constitución panameña prevé que el Órgano Judicial esté constituido por la Corte Suprema de Justicia, y por los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. No dice nada sobre la jurisdicción indígena, pero en su momento analizaremos el Nuevo Código Procesal Penal, Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008, que incluye normativa sobre jurisdicción indígena.

⁸ Mediante esta resolución la Corte Suprema de Justicia de Panamá suspendió provisionalmente el Proyecto Hidroeléctrico Tabasará II, ya que el estudio de impacto ambiental no incluyó el consentimiento de los pueblos indígenas que van a ser afectados por dicho proyecto.

⁹ La última reforma constitucional de Panamá ocurrió en 2004. Como resultado, los artículos cambiaron de numeración; los antiguos artículos 81, 86 y 115 son hoy respectivamente los artículos 85, 90 y 119 de la Constitución Política vigente.

III. Administración de justicia y leyes comarcales

Panamá cuenta con cinco comarcas, creadas mediante leyes, y la mayoría de ellas tienen Cartas Orgánicas comarcales, las cuales desarrollan las leyes comarcales y son sancionadas a través de decretos ejecutivos. También existen leyes nacionales que en una u otra forma reconocen mínimamente los derechos indígenas y la aplicación del derecho indígena, es decir, las normas internas que los pueblos indígenas han creado para resolver los conflictos sociales que surjan en sus territorios.

Los pueblos indígenas tienen sus propias normas de control social, que no necesariamente tienen que estar escritas; en los últimos años las comarcas indígenas y las comunidades indígenas que no tienen sus territorios legalizados han estado codificando el derecho indígena. Realizaremos un análisis de artículos de las leyes comarcales y de las Cartas Orgánicas comarcales, relacionado con la administración de justicia en los territorios indígenas.

A. Comarca Kuna Yala

La Comarca Kuna Yala tiene sus antecedentes a finales del siglo XIX cuando la República de Panamá pertenecía a Colombia. Los kunas habían logrado que Colombia reconociera, a través del Decreto de 19 de abril de 1871, la Comarca de Tulenega, que comprendía los actuales territorios kunas en Panamá y Colombia. Por consiguiente la Comarca Kuna Yala existía antes de la creación del Estado panameño, que ocurrió en 1903.

El Estado panameño, al separarse de Colombia en 1903, desconoció el régimen jurídico de la Comarca de Tulenega. Después de la Revolución Kuna de 1925, el Estado panameño, mediante la Ley N°. 2 del 16 de septiembre de 1938, crea la Comarca de San Blas, la cual fue organizada con la Ley N°. 16 de 19 de febrero de 1953. A la Comarca de San Blas le fue cambiado el nombre por el de Comarca Kuna Yala, mediante la Ley N°. 99 de 23 de diciembre de 1998. Esta comarca no cuenta con Carta Orgánica, pero sí tiene la Ley Fundamental de la Comarca Kuna Yala (constituye una propuesta de reforma de la Ley N°. 16 de 1953) y tiene Estatuto Comarcal (es una propuesta de Carta Orgánica), que en realidad son los instrumentos jurídicos que se aplican en las comunidades de la Comarca Kuna Yala.

Hacia sistemas jurídicos plurales

La Comarca Kuna Yala está regida por la Ley N°. 16 de 19 de febrero de 1953. Solamente analizaremos los artículos relacionados con el presente trabajo. El artículo 7 de la Ley de la Comarca Kuna Yala preceptúa lo siguiente:

Artículo 7. Es obligación de la primera autoridad política de toda población indígena, tomar conocimiento de las infracciones de la Ley que ocurrieren dentro de su jurisdicción, informar de lo sucedido al Intendente, y poner a las órdenes de éste a los transgresores.

La normativa antes transcrita obliga a las autoridades tradicionales, llamados *sailagan* (guías espirituales, jefes de las comunidades), de la Comarca Kuna Yala, a remitir al Intendente (gobernador comarcal), los casos de violación de la ley o de las leyes nacionales, que incluyen las leyes penales. En otras palabras, las autoridades estatales son las competentes para conocer los casos de violación de la ley en la Comarca Kuna y no las autoridades tradicionales indígenas.

Siguiendo lo que preceptúa el artículo 7 de la Ley N°. 16 de 1953, el artículo 12 establece:

Artículo 12: El Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las leyes penales, del Congreso General Kuna, de los Congresos de pueblos y tribus y de las demás autoridades establecidas conforme a la tradición indígena y de la Carta Orgánica del Régimen Comunal Indígena de San Blas. Dicha Carta tendrá fuerza de Ley una vez que la apruebe el Órgano Ejecutivo, luego de establecer que no pugna con la Constitución y las Leyes de la República.

Según la norma antes transcrita, el Congreso General Kuna así como los Congresos Locales, representados por las autoridades tradicionales kunas, incluyendo los organismos tradicionales locales que administran justicia, no tienen jurisdicción para resolver la violación de las leyes penales. Eso significa que los *Sailas* deben remitir a las autoridades estatales o a la jurisdicción ordinaria estatal los casos de actos que infringen las leyes penales. Las autoridades tradicionales kunas pueden, en cambio, atender casos de familia u otros que no sean parte de la jurisdicción penal. Adicionalmente, no ha sido creada la Carta

Orgánica de la Comarca Kuna Yala, y lo que rige en este territorio autónomo indígena es la Ley Fundamental y el Estatuto de la Comarca Kuna Yala¹⁰.

1. Código Judicial y Comarca Kuna Yala

El juzgado y la personería, dos instituciones estatales, fueron creadas en la Comarca Kuna Yala mediante el Decreto N°. 215 del 11 de diciembre de 1925, pero no se concretaron realmente. Despues, mediante la Ley N°. 61 del 30 de septiembre de 1946, en el Título VIII, Capítulo III, se creó nuevamente el Juzgado Comarcal de San Blas (Comarca Kuna Yala)¹¹.

El actual Código Judicial, creado en 1984, incluye en su artículo 178 al juez y al personero:

Artículo 178: En la Comarca Indígena de San Blas existirá un Juez y un Personero quienes tendrán las funciones que se le señalen por Ley especial.

A pesar de existir esta norma desde 1984, no se ha emitido la ley especial que determine las funciones del juez y el personero de la Comarca Kuna Yala. Por lo tanto, los funcionarios judiciales han impartido la justicia de acuerdo con las leyes nacionales y no según las normas indígenas.

Puesto que en agosto de 2008 se aprobó el Nuevo Código Procesal Penal, que en su momento analizaremos profundamente, los funcionarios judiciales estatales aplicarán en Kuna Yala las normas relacionadas con la administración de justicia plasmadas en la Ley Fundamental y en el Estatuto de la Comarca Kuna Yala.

2. Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala

Ahora, con la aprobación del Nuevo Código Procesal Penal se va a permitir, ya que es parte del derecho indígena, la aplicación de las normas

10 A pesar de que estos documentos no han sido sancionados como leyes, el Estado panameño los ha reconocido tácitamente ya que al suscribir convenios con el Congreso General Kuna ha incluido, como parte de su fundamento legal, la Ley Fundamental y el Estatuto de la Comarca Kuna Yala. Ver [<http://www.congresogeneralkuna.org/normas%20kunas.htm>].

11 Ehrman, Dialys (2005). *Derecho indígena y la administración de justicia en nuestros pueblos*, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá, p. 63.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

sobre administración de justicia plasmadas en la Ley Fundamental y en el Estatuto de la Comarca Kuna Yala, aunque estos instrumentos no han sido sancionados por el Órgano Ejecutivo. Los artículos 66 y 67 de la Ley Fundamental establecen:

Artículo 66: En la aplicación de las disposiciones legales en cuanto a la administración de justicia, regirá además el derecho consuetudinario del Pueblo Kuna y su sistema de control social tradicional.

Artículo 67: Los Sailagan de las comunidades administrarán la justicia de acuerdo con sus patrones tradicionales.

Parágrafo: En los casos que son de competencia de la justicia ordinaria, los sailagan y suaribigan (sic) podrán, a prevención, recabar las pruebas necesarias y detener a los sospechosos y remitirlos a la autoridad competente.

Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior, cuando lo consideren necesario.

Es decir, la primera normativa transcrita, el artículo 66, ha previsto que la administración de justicia en la Comarca Kuna Yala se basará en el derecho consuetudinario –las normas tradicionales– y en el sistema de control social tradicional del pueblo Kuna.

El artículo 67 de la Ley Fundamental de Kuna Yala, además de permitir la aplicación del derecho kuna en este territorio autónomo indígena, establece que en los casos que son de competencia de las autoridades judiciales estatales, los sailagan y suaribegan podrán, a prevención, recabar pruebas, detener a los sospechosos y remitirlos a las autoridades competentes. El parágrafo del artículo 67 fue establecido en el artículo 236 del Nuevo Código Procesal Penal. Los artículos relacionados con los pueblos indígenas, incorporados en el Nuevo Código Procesal Penal, los estudiaremos en su momento.

Solamente analizaremos aquí algunos artículos del Estatuto Comarcal relacionados con la administración de justicia en la Comarca Kuna Yala. El artículo 353 del Estatuto de la Comarca Kuna Yala establece la misma normativa contenida en el artículo 66 y en la primera parte

La jurisdicción... panameña - Aresio Valiente López

del artículo 67 de la Ley Fundamental de Kuna Yala. El artículo 354 del Estatuto de Kuna Yala establece lo siguiente:

Artículo 354: Las autoridades kunas de la Comarca remitirán, mediante una carta, a las instancias competentes nacionales, los casos que por su gravedad y complejidad tienen que ser conocidos por las autoridades judiciales, como violación, droga, homicidio, actos libidinosos y afines.

De acuerdo con el Estatuto de la Comarca Kuna Yala, las autoridades o las instituciones tradicionales que imparten justicia van a remitir los casos de violación, droga, homicidio, actos libidinosos y afines, a las autoridades judiciales estatales. Los casos que serán remitidos a las autoridades competentes estatales son aquellos difíciles de probar mediante los métodos tradicionales kunas, por ejemplo cuando se trata de casos de violación.

En materia de sanción el Estatuto de Kuna Yala ha establecido lo siguiente:

Artículo 360: Las autoridades locales harán todo lo posible para aplicar métodos que lleven a sus miembros que fueron sancionados por algún delito, a la corrección y reinserción en la comunidad mediante trabajos comunitarios vigilados.

Respecto a la pena consistente en trabajo comunitario, antes de que ésta se incluyera en el literal b, numeral 2 del artículo 50 del Nuevo Código Penal (Ley N°. 14 de 18 de mayo de 2007), el Estatuto de la Comarca Kuna Yala ya lo había hecho, de acuerdo con su tradición.

B. Comarca Emberá-Wounaan

Esta comarca fue creada mediante la Ley N°. 22 del 8 de noviembre de 1983 y su Carta Orgánica fue aprobada mediante el Decreto Ejecutivo N°. 84 del 9 de abril de 1999. La Ley N°. 22 de 1983 sólo establece la creación de la Personería y el Juzgado con rango municipal, y sus competencias están determinadas en el Código Judicial; por lo tanto, esas entidades aplicarán las leyes nacionales y no las leyes comarcales. No obstante, en la Carta Orgánica de la Comarca Emberá-Wounaan se incluye un capítulo especial sobre la administración de justicia tradicio-

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

nal (artículos 118, 119 y 120). Igualmente, el Decreto Ejecutivo No. 84 de 1999 trae un capítulo relacionado con la administración de justicia ordinaria (artículos 121, 122 y 123). Sólo analizaremos los artículos relacionados con la justicia tradicional.

En cuanto a la administración de justicia tradicional, la Carta Orgánica Emberá-Wounaan es la más avanzada de su género, ya que las autoridades tradicionales Emberá y Wounaan pueden aplicar derecho indígena, específicamente el derecho Emberá-Wounaan, para resolver los actos que violen su cultura. Cito artículos relacionados con el tema:

Artículo 118. En la Comarca se reconoce la forma o procedimiento tradicional del pueblo Emberá-Wounaan, en la solución de conflictos. El Cacique general y caciques regionales, en coordinación con los Nokoras de cada comunidad, garantizarán y aplicarán las prácticas tradicionales de conciliación y solución de conflictos, siempre y cuando no sean de competencias de autoridades ordinarias y administrativas.

Artículo 119. La administración de justicia en la Comarca, ya sea en forma oral o escrita, conforme al derecho y costumbre Emberá y Wounaan, será ejercida por el cacique General, Caciques regionales y Noko-Chi Por.

Las decisiones que adopten estas autoridades serán respetadas por las autoridades administrativas y judiciales existentes en el país, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a la Ley.

Artículo 120. Los actos de hechicería y superchería serán conocidos por los caciques regionales a prevención con las autoridades de policía. Los que cometan tales actos que deriven en delito por su gravedad, serán remitidos a las autoridades ordinarias.

En nuestra opinión, la Carta Orgánica de la Comarca Emberá-Wounaan fue un gran avance, ya que además de establecer todo lo referente a las instituciones del pueblo Emberá y Wounaan, reconoce también los controles sociales que aplican las autoridades tradicionales en la solución de conflictos y sobre todo, se basa en su cosmovisión. La Carta Orgánica de la Comarca Emberá-Wounaan fue la primera

experiencia de codificación de derecho indígena reconocida legalmente por el Estado panameño.

C. Comarca Kuna de Madungandi

Una de las tres comarcas kunas es la Comarca Kuna de Madungandi, creada mediante la Ley No. 24 de 12 de enero de 1996. Su Carta Orgánica fue sancionada a través del Decreto Ejecutivo No. 228 del 3 de diciembre de 1998.

Al igual que las otras leyes comarcales, la Ley No. 24 de 1996 reconoce las instituciones tradicionales indígenas, como el Congreso General y los Congresos Locales. El artículo 5 dice así:

Artículo 5. El Estado reconoce y garantiza la existencia del Congreso General como máxima autoridad tradicional, ya que constituye el organismo de expresión y decisión de la Comarca Kuna de Madungandi. Reconoce y garantiza, además, los congresos regionales y locales de conformidad con su tradición y su Carta Orgánica. Las decisiones que emanen de estos congresos no deben ser contrarias a la Constitución Política ni a las leyes de la República.

A su turno, el artículo 7 prevé:

Artículo 7. En cada una de las poblaciones que conforman esta Comarca habrá un saila, que será escogido de acuerdo con los procedimientos que señala la Carta Orgánica, y cuyas atribuciones se establecerán en ésta.

A pesar de que la Ley de Comarca Kuna de Madungandi establece que el Estado reconoce y garantiza la existencia de las instituciones políticas, prevé también que sus decisiones no pueden ser contrarias a la Constitución ni a las leyes de la República. Es decir, las decisiones del pueblo kuna están sujetas al control del derecho positivo panameño, incluyendo la administración de justicia en este territorio indígena. También la Ley No. 24 de 1996 ha previsto que las atribuciones de estas autoridades tradicionales serán desarrolladas en la Carta Orgánica de la Comarca.

Hacia sistemas jurídicos plurales

En la Ley N°. 24 de 1996 no se establece en forma expresa una normativa sobre la administración de justicia, pero su Carta Orgánica incluyó dos artículos sobre el tema. La Carta Orgánica de la Comarca Kuna de Madungandi, en su artículo 65 ha previsto lo siguiente:

Artículo 65. Todos los habitantes de la Comarca Kuna de Madungandí (sic) están sometidos a la Constitución Política, las leyes de la República y sus normas de conducta tradicionales. (El subrayado es nuestro).

se reconocen entonces las normas internas de la Comarca Kuna de Madungandi para resolver los conflictos sociales que se originen en este territorio indígena. Sin embargo, estas normas indígenas deben estar bajo el imperio de la Constitución y las leyes nacionales. El artículo 66 ha previsto elementos de la justicia ordinaria, que es pública, gratuita, expedita e ininterrumpida, y es ejercida conforme a las leyes de la República.

D. Comarca Ngöbe-Buglé

En todas las leyes comarcales existen normas sobre administración de justicia. La Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé, Ley No. 10 del 7 de marzo de 1997, también incluye normas sobre la administración de justicia, y su artículo 40 dice:

Artículo 40. El Órgano Judicial y el Ministerio Público crearán, en la comarca, los juzgados, fiscalías y personerías necesarios para la administración de justicia. Su organización, funcionamiento y la designación del personal se ajustarán a las disposiciones legales vigentes.

La administración de justicia en la Comarca se ejercerá de acuerdo con la Constitución Política y la Ley, teniendo en cuenta la realidad cultural del área y de acuerdo con el principio de la sana crítica. (El subrayado es nuestro).

Como podemos constatar, la norma antes citada establece, además del respeto y el reconocimiento de las culturas indígenas, que la administración de justicia en los territorios indígenas no puede violar la Constitución Nacional ni las leyes nacionales; de igual forma incluye el principio de la *sana crítica*, reconocido en el Convenio N°. 107 de 1957.

Otro artículo sobre administración de justicia en la Comarca Ngöbe-Buglé es el 41, que dice así:

Artículo 41: Las autoridades de la Comarca colaborarán con las autoridades judiciales y policivas en la investigación de los delitos, faltas y otras violaciones a la Ley.

La norma transcrita tiene como objetivo la coordinación y colaboración de las autoridades tradicionales indígenas con las autoridades judiciales en la investigación de los delitos, faltas y otras violaciones de la ley, a fin de evitar que los valores culturales, sociales y espirituales de los pueblos indígenas resulten perjudicados. Por ende, las autoridades tradicionales del pueblo Ngöbe y Buglé legalmente no tienen competencia para atender la violación de las leyes penales ni las faltas que se cometan en la Comarca Ngöbe-Buglé.

Por otro lado, en la Carta Orgánica de la Comarca Ngöbe-Buglé, aprobada mediante el Decreto Ejecutivo N°. 194 de 25 de agosto de 1999, se establecen las funciones de las autoridades indígenas en materia de administración de justicia. El artículo 150 de la Carta Orgánica Ngöbe-Buglé expresa lo siguiente:

Artículo 150: Son atribuciones de los Jefes Inmediatos:

[...]

3. Coordinar con el corregidor la buena administración de justicia en su respectiva circunscripción.

Por otra parte el artículo 210 preceptúa:

*Artículo 210: La Comarca Ngöbe-Buglé tendrá un cuerpo de seguridad tradicional, denominado *Buko Day*, responsable de mantener el orden, la disciplina de la comunidad y estará sujeto a los Caciques Generales, Regionales, Locales y Jefes Inmediatos y sus funciones son las siguientes:*

- 1. Mantener el orden, disciplina y seguridad de la comunidad.*
- 2. Servir de emisario entre las autoridades y congresos.*
- 3. Realizar arrestos, previa orden emanada de la autoridad competente.*

Hacia sistemas jurídicos plurales

Eso significa que las autoridades tradicionales indígenas deben apoyar a las autoridades judiciales estatales en la ejecución de arrestos; para eso debe haber coordinación entre estas dos autoridades –tradicionales y estatales– y de esta manera evitar la violación de las normas tradicionales de los pueblos indígenas.

E. Comarca Kuna de Wargandi

El último territorio indígena en ser legalizado es la Comarca Kuna de Wargandi, creada mediante la Ley N°. 34 de 25 de julio de 2000. Esta comarca no cuenta todavía con Carta Orgánica, ya que no ha sido sancionada por el Órgano Ejecutivo. Por lo tanto, solamente analizaremos la normativa sobre justicia que aparece en su Ley Comarcal. El artículo 7 también ha previsto norma sobre administración de justicia, que dice así:

Artículo 7. La administración de justicia y la resolución de conflictos en la Comarca se ejercerán de acuerdo con la Constitución Política y la ley, pero se tomará en consideración su cultura.

La Carta Orgánica de la Comarca desarrollará las formas culturales de resolución de conflictos.

Las autoridades de la Comarca colaborarán con las autoridades judiciales y policiales en la investigación de los delitos, faltas y cualquier otra violación de la ley. (El subrayado es nuestro).

En principio, la norma transcrita remite a la Carta Orgánica para desarrollar justicia indígena, y hasta el día de hoy no ha sido aprobada por el Órgano Ejecutivo. Al igual que ocurre con la Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé, las autoridades tradicionales de la Comarca Kuna de Wargandi deben colaborar con las autoridades judiciales y policiales nacionales en la investigación del delito, faltas y cualquiera violación de la ley.

IV. Ley 38 de 2001

Uno de los avances en la legislación panameña en cuanto a reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas en materia de funciones jurisdiccionales, es la Ley N°. 38 de 10 de julio de 2001, ya que le permite establecer medidas de protección a favor de las personas que sean víctimas o sobrevivientes de violencia doméstica. Su artículo 7 dice:

La jurisdicción... panameña - Aresio Valiente López

Artículo 7: Podrán aplicar las medidas de protección consagradas en el artículo 4 de esta Ley, los funcionarios de policía administrativa, las autoridades tradicionales en las zonas indígenas, los agentes del Ministerio Público y las autoridades del Órgano Judicial, cada uno de acuerdo con su competencia.

El artículo 8 preceptúa a su vez:

Artículo 8: Las autoridades indígenas establecidas y reconocidas en sus Cartas Orgánicas, que administran justicia de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, podrán aplicar las medidas de protección consagradas en sus respectivos ordenamientos internos y, de forma supletoria, las establecidas en el artículo 4 de esta Ley, de acuerdo con su competencia. (Los subrayados son nuestros)

Eso significa, por ejemplo, que las autoridades indígenas pueden ordenar el arresto provisional, con apoyo de sus policías tradicionales –llámense Sualibed (Kuna), Zarra (Emberá), Buko Day (Ngöbe), entre otros–, de las personas que cometen violencia doméstica. También pueden aplicar las medidas de protección que se encuentran en las normas internas de las comunidades, es decir, aplicar el derecho indígena, y en forma supletoria aquellas que se encuentran en el artículo 4 de la Ley N°. 38 de 2001. Para aplicar estas normas indígenas no se necesita que estén reconocidas por las leyes nacionales.

El objetivo de la colaboración y coordinación entre las autoridades tradicionales y las autoridades judiciales y policiales nacionales, es impedir que las instituciones culturales, sociales y espirituales de los pueblos indígenas resulten afectadas negativamente. Por ejemplo, en la exhumación de un cadáver, las autoridades tradicionales realizan una ceremonia sagrada, para evitar el trastoque entre el mundo espiritual y el mundo físico. De allí la necesidad de que los administradores de justicia ordinaria conozcan los derechos y elementos culturales de los pueblos indígenas.

A pesar de que Panamá ha reconocido en su legislación los derechos históricos de los pueblos indígenas, y de que ella ha servido de modelo para otros países del mundo, en materia de justicia indígena está retrasada ya que no se han implantado las leyes comarcales y sus Cartas

Hacia sistemas jurídicos plurales

Orgánicas, las cuales establecen la creación de las entidades judiciales estatales y la implementación de la justicia tradicional indígena.

En la práctica, los pueblos indígenas han estado administrando justicia en los casos menos graves de acuerdo con su derecho indígena, sin que el Estado panameño lo haya reconocido legalmente ni oficializado el control social de estos pueblos. Por ejemplo, los pueblos indígenas de Panamá han resuelto el delito de consumo o posesión de droga de acuerdo con sus normas internas, a pesar de que la legislación no lo permita, ya que es de competencia de la justicia ordinaria.

V. Nuevo Código Procesal Penal

En marzo de 2005, Panamá suscribió el Pacto de Estado por la Justicia, con la participación de la sociedad civil, el cual tiene dos objetivos específicos: definir una agenda de la reforma judicial y orientar en forma sistemática los esfuerzos permanentes dirigidos a la ejecución de dicha agenda.

Uno de los compromisos del Pacto de Estado por la Justicia en materia indígena es la *elaboración de una estrategia de acceso a la justicia para las comarcas indígenas, que se fundamente en una integración respetuosa de sus valores culturales*.

Siguiendo con los compromisos del Pacto de Estado por la Justicia, Panamá, en las recientes reformas judiciales, ha incluido normativas relacionadas con los pueblos indígenas y la jurisdicción indígena, como es el caso de la inclusión en el Nuevo Código Penal panameño de la figura delictiva de robo de conocimiento indígena. En el presente trabajo analizaremos artículos relacionados con el derecho indígena y la jurisdicción indígena, los cuales fueron incluidos en el Nuevo Código Procesal panameño (Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008).

Siguiendo los principios establecidos en los artículos del Convenio N°. 107 de la Organización Internacional del Trabajo de 1957, ratificado por Panamá mediante el Decreto de Gabinete N°. 53 de 26 de febrero de 1971, el Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 28 ha previsto que las autoridades judiciales y los tribunales llamados a pronunciarse en materia penal, deben tomar en cuenta la diversidad cultural de los intervenientes.

A pesar de que la Constitución panameña no establece el reconocimiento de la jurisdicción indígena en forma expresa, la Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008 la incluyó en su artículo 30:

Artículo 30. Órganos jurisdiccionales. Son órganos jurisdiccionales en los casos y formas que determinan la Constitución Política y las leyes:

[...]

9. Los Jueces Comarcales.

10. Las Autoridades Tradicionales Indígenas.

En las comarcas, los jueces comarcales y las autoridades tradicionales indígenas tendrán jurisdicción para atender los casos de violación de leyes penales que surjan en sus territorios. Si existen conflictos en materia de competencia entre las autoridades tradicionales indígenas y los jueces comarcales, los Tribunales Superiores de Apelaciones son competentes para resolver dichos conflictos (numeral 7 del Artículo 41). Estos casos pueden llegar a conocimiento de la Sala Penal de la Corte o del Pleno de la Corte Suprema de Justicia por la violación de las normas legales y constitucionales.

Una de las facultades de los Tribunales de Juicio será la de conocer la extinción de la acción en los conflictos resueltos por las autoridades tradicionales indígenas y los jueces comarcales (segundo párrafo del Artículo 42).

El Nuevo Código Procesal Penal ha previsto que los jueces comarcales tendrán competencia para conocer de delitos cometidos dentro del territorio de la comarca,

... menos el delito de homicidio doloso, los delitos que resulten en la muerte de una persona, los delitos contra la economía nacional, los delitos relacionados con drogas, los delitos contra la Administración Pública, el terrorismo y los delitos ejecutados por el crimen organizado.

Sin embargo, los jueces comarcales resolverán los casos que se presenten ante él de acuerdo con las disposiciones de este Código y con las normas previstas en el derecho indígena y en la Carta Orgánica de la respectiva comarca (artículo 48).

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

En otras palabras, los jueces comarcales no tendrán competencia para atender los delitos de homicidio doloso, los delitos que resulten en la muerte de una persona, los delitos contra la economía nacional, los delitos relacionados con drogas, los delitos contra la Administración Pública, el terrorismo y los delitos ejecutados por el crimen organizado, pero en los demás casos previstos en el Código Penal los jueces comarcales tendrán competencia.

Uno de los avances que trae la reforma judicial en Panamá es el artículo 49 de la Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008, ya que otorga competencia a las autoridades tradicionales indígenas –sean ellas Saila o Sailagan, Nokora, Chi Poor, caciques, entre otros– para resolver conflictos sociales que surjan en sus territorios. El artículo 49 establece lo siguiente:

Artículo 49. Competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas. Las Autoridades Tradicionales Indígenas tendrán competencia para conocer las conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica.

La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales.

Las autoridades tradicionales tendrán competencia para atender conflictos sociales que surjan en sus territorios, y resolverlos de acuerdo con el derecho indígena y con la Carta Orgánica de sus respectivas comarcas. Es decir, los dos instrumentos en que se basarán las autoridades indígenas para resolver los conflictos que surjan en su jurisdicción serán, por una parte, las normas previstas en el derecho indígena, que no necesariamente tiene que estar escrito, y por la otra, las Cartas Orgánicas. No es necesario que las normas del derecho indígena estén codificadas para su aplicación: basta para su cumplimiento o vigencia que se demuestre que son parte de la tradición y que los pueblos indígenas las usan para resolver los conflictos que surjan en las comarcas.

Algunos pueblos indígenas en Panamá han codificado su derecho indígena y lo han plasmado en las Cartas Orgánicas comarcales. En el caso de la Comarca Kuna Yala, el Congreso General Kuna ha aprobado la Ley Fundamental y el Estatuto Comarcal, aunque estos dos instrumentos no han sido sancionados por el Órgano Ejecutivo. Por otro lado, la Comarca Kuna de Wargandi entregó una propuesta de Carta

Orgánica, que se encuentra en espera de la sanción del presidente de la República.

Al igual que en las leyes anteriores, todas las personas, incluidos los miembros de los pueblos indígenas, que tengan limitaciones para entender y ser entendidas en las diligencias judiciales, tendrán derecho al intérprete (Artículo 126). Lógicamente, el lenguaje judicial tiene que ser entendible para los pueblos indígenas, incluyendo a cualquier persona que no maneje o no conozca el lenguaje jurídico.

También el nuevo Código Procesal Penal reconoce las formas naturales de resolución para afrontar los conflictos sociales que surjan en las comarcas. Estas formas están basadas en los valores, cosmovisión y formas tradicionales de los pueblos indígenas, y están a cargo de las autoridades tradicionales indígenas (Artículo 205). En algunas leyes comarcales ya habían sido reconocidas las formas tradicionales de resolución de conflictos¹².

Como se han establecido limitaciones a la jurisdicción indígena, las autoridades tradicionales indígenas no tendrán competencia en algunos delitos previstos en el Código Penal. En estos casos, las autoridades tradicionales indígenas pueden, a prevención, aprehender a las personas, recabar las pruebas necesarias y remitirlas a las autoridades competentes. Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos constitucionales y legales (Artículo 236)¹³.

En relación con la exhumación de cadáveres en las comarcas indígenas y en las áreas indígenas no comarcales, las autoridades judiciales tendrán en cuenta los valores culturales y ritos de los pueblos indígenas (Artículo 322).

¹² Carta Orgánica Emberá-Wounaan, artículo 118, y Ley Comarcal Kuna de Wargandi, artículo 7.

¹³ El artículo 236 original dice: “Artículo 236. Colaboración de las Autoridades Tradicionales Indígenas. En los asuntos que sean de competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas estas podrán, a prevención, aprehender a las personas, recabar las pruebas necesarias y remitirlas a la autoridad competente. Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior cuando lo consideren necesario”. En este artículo falta la palabra NO y debería decir: “Artículo 236. Colaboración de las Autoridades Tradicionales Indígenas. En los asuntos que NO sean de competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas éstas podrán, a prevención, aprehender a las personas, recabar las pruebas necesarias y remitirlas a la autoridad competente. Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior cuando lo consideren necesario”.

Hacia sistemas jurídicos plurales

En referencia al peritaje, la regla que ha prevalecido es que los peritos deben tener certificado o diploma, es decir, deben haberse graduado en una universidad para poder ser considerados como expertos en la materia sometida a su experticia o dictamen. Ahora, el nuevo Código de Procesal Penal permite que el peritaje, incluyendo el peritaje cultural, pueda ser realizado por personas no graduadas en universidad: basta que tengan conocimiento o práctica en la materia motivo de consulta u opinión. Es decir, el perito no académico sólo debe acreditar su experiencia sobre la materia consultada. Eso significa las autoridades o sabios indígenas pueden ser peritos en materia indígena, en los casos en que se necesite auxiliar a la jurisdicción indígena o a la jurisdicción ordinaria (Artículo 406).

Siguiendo con uno de los principios procesales, establecido en el artículo 28, se ha previsto que en los delitos en que una o más partes sean miembros de una diversidad cultural (entiéndase también pueblo indígena u otra cultura), se debe ordenar un peritaje cultural para ambas partes a fin de conocer sus culturas, peritaje éste que permitirá, a quienes administran justicia, valorar adecuadamente, por ejemplo, la responsabilidad penal que pueda tener un indígena.

VI. Jurisprudencias

En materia de derecho indígena, la jurisprudencia de los tribunales de justicia de Panamá ha sido muy escasa. Analizaremos tres jurisprudencias relacionadas con el presente trabajo, para determinar si estos tribunales han estado teniendo en cuenta en sus fallos la temática y el derecho indígena.

Caso Chogaly¹⁴

Dentro de la cultura indígena y como parte de sus creencias, existen personas “que hacen cosas malas”, personas que en la cultura occidental son conocidas como brujas o brujos. En un caso de homicidio ocurrido en una comunidad Ngöbe, el victimario alega que se defendió frente a la agresión de un *chogaly* (en idioma Ngöbe, persona maligna), al que confundió con la niña a quien él mató. El homicida fue condenado a

¹⁴ Proceso seguido contra Eustaquio Sanjur Marcucci, sancionado por delito de homicidio doloso en perjuicio de Marina Montezuma Sánchez. Magistrado Ponente: Roberto E. González R., Panamá, 20 de febrero de 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal.

ocho años de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual período.

La abogada defensora apeló la sentencia sustentando que el tribunal *a quo* no tomó en cuenta las atenuantes al establecer la pena, como lo son la supina ignorancia del agente y la eximente incompleta, contenidas en los ordinales 6º y 7º del artículo 66 del Código Penal. Y sustenta lo siguiente:

En cuanto a la supina ignorancia, la recurrente indica que si bien es cierto cualquier persona normal tiene conocimiento de que no se debe lesionar en su integridad a otra persona, no menos cierto es que el caso que nos ocupa se dio en especiales circunstancias en el que se confunde la ingestión de alcohol y la creencia reiterada e inveterada de nuestros indígenas y campesinos de situaciones y personajes irreales que los acechan en la noche, ya que Sanjur Marcucci creía lesionar de muerte al “chogaly” o “abusión” –nunca con la intención de matar a la menor– quien hacía un año atrás tampoco lo había dejado pasar por el camino que transitaba (Folio 250).

[...]

Por lo anterior, solicita la recurrente que, con base en las atenuantes invocadas, se reforme el fallo de primera instancia y se rebaje la pena impuesta a su patrocinado judicial (Folio 251).

En el fallo en análisis, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, expresó lo siguiente respecto a las creencias indígenas:

Aplicando los criterios que anteceden al caso que nos ocupa, la Sala considera que aun cuando el procesado tenga creencias sobre la existencia de seres mitológicos propios de su cultura, se debe tener en cuenta que en las comunidades indígenas también existen normas éticas y culturales que regulan la vida del grupo, entre las cuales está el derecho a la vida de los miembros del colectivo social, que es un derecho natural.

[...]

De allí que la Sala considera que no procede el reconocimiento de la circunstancia modificadora de la responsabilidad penal a que se refiere el apelante.

Hacia sistemas jurídicos plurales

En el caso del *chogaly*, tanto el Ministerio Público como el Tribunal Superior ignoraron o no practicaron el peritaje cultural, ya que la Sala Penal en ningún momento menciona este procedimiento. Independientemente de si es culpable o inocente, si una persona o el victimario se refiere de manera importante en un proceso a alguna creencia, incluyendo alguna sobre brujería o, como en el caso en análisis, sobre un *chogaly*, se debió practicar peritaje cultural para que quienes administran justicia puedan entender mejor el tema. En este caso, el Ministerio o el Tribunal debían haber practicado peritaje cultural a través de antropólogos especializados en el tema indígena.

En el Nuevo Código Procesal Penal es obligatorio el peritaje cultural cuando una de las partes es indígena, y esta disposición también tiene su fundamento en los instrumentos de derechos humanos ratificados por Panamá, que, por lo tanto, son parte de la legislación de este país. El Convenio N°. 107 de la OIT de 1957, dice específicamente en el numeral 2 del artículo 10:

Artículo 10

[...]

2. Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

Esos temas culturales de los pueblos indígenas se establecen a través del peritaje cultural. En el Nuevo Código Procesal Penal, como habíamos comentado anteriormente, el peritaje cultural también puede ser realizado por una autoridad tradicional o sabio indígena, y no sólo por las personas que tienen título universitario.

Otro instrumento de derechos humanos que permite la realización del peritaje cultural en los casos entre indígenas o cuando una de las partes es un indígena, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁵, específicamente en su artículo 40:

Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los

¹⁵ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución del 13 de septiembre de 2007.

Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos. (El subrayado es nuestro)

Es decir, las entidades estatales que administran justicia, antes de aplicar una sanción a un miembro indígena, están en obligación (y aún más en el sistema acusatorio) de practicar peritaje cultural (ver el Artículo 28 del Nuevo Código de Procesal Penal).

Aplicación del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957

En un caso de homicidio, el Defensor de Oficio apela la sentencia condenatoria, en el que la acusada y la víctima eran miembros del pueblo Emberá, sustentando que su patrocinada pertenece a la etnia Emberá y para ella se debe tomar en cuenta lo establecido en el Decreto de Gabinete N°. 53 de 26 de febrero de 1971, que aprueba el Convenio N° 107 de la OIT relativo a las poblaciones o pueblos indígenas.

En su fallo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no analiza el contenido del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957, lo que demuestra falta de conocimiento de parte de los magistrados, ni mucho menos se pudo determinar si se practicó el peritaje cultural en esta causa penal. La resolución de la Sala Penal sólo determinó lo siguiente:

En cuanto a esta reclamación, estamos de acuerdo con la posición del Ministerio Público en el sentido de que a pesar de que la procedida proviene de una etnia indígena, el hecho ocurrió en el sector de Samaria, Distrito de San Miguelito, Provincia de Panamá, lugar donde convivían junto con otros familiares de la misma etnia desde hace muchos años, por lo que el ambiente en que se desenvolvían no era ajeno a su cultura y no se aprecia que se hayan violado sus derechos indigenistas¹⁶.

¹⁶ Sentencia condenatoria apelada en proceso que se le sigue a Leopoldina Bacorizo Rosales, sindicada por delito contra la vida e integridad personal (homicidio) en perjuicio de Braulio Barrigón Cárdenas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, 18 de septiembre de 2003.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

Independientemente de si es culpable o no, se debía haber practicado peritaje cultural a la sindicada, a la luz del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957 y de otros instrumentos de derechos humanos.

Sanción que aplican las autoridades tradicionales kunas en los casos de droga

Una profesional del derecho de origen kuna instauró ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a favor de un miembro de una comunidad de la Comarca Kuna Yala, una acción de habeas corpus en contra de la Fiscalía de Drogas. En su fundamento, la profesional del derecho alega que a su cliente, de origen kuna, se le está violando el debido proceso, toda vez que se ha privado de libertad a una persona a quien se intenta juzgar más de una vez por la misma falta o delito, y sostiene que en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, las autoridades indígenas, a través de su autoridad o institución competente, que es el *Saila*, impusieron la pena de decomiso de bienes en contra de su cliente.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá resolvió lo siguiente:

Al respecto, esta Máxima Corporación de Justicia estima que no le asiste la razón a la accionante cuando afirma que en el presente caso nos encontramos frente a un doble juzgamiento.

Los hechos investigados giran en torno a la comisión de un delito contra la salud pública debidamente relacionado con drogas, tipificado en el Capítulo V, Título VII, Libro II del Código Penal, cuya pena mínima de prisión excede dos años. La investigación y conocimiento de este tipo de delito es de competencia de las Fiscalías Especializadas en Delitos Relacionados con Drogas y de los Jueces de Circuito en materia penal, competencia que no admite la posibilidad de conflicto con la justicia indígena de la Comarca Kuna Yala.

Con base en lo antedicho, la figura invocada por la accionante como violatoria del debido proceso, es decir, el doble juzgamiento por los mismos hechos, no se aplica al presente caso, pues el Sahyla de Acutupu (sic) jurídicamente no podía juzgar previamente al señor Charles Martínez Félix por esta causa, lo cual permite a las

autoridades jurisdiccionales competentes conocer de estos hechos para aplicar, si es el caso, la correspondiente sanción¹⁷.

En este fallo la máxima corporación de justicia panameña, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, determinó que las autoridades kunas, y por lo tanto las otras autoridades indígenas, no tienen competencia para atender y resolver los delitos relacionados con drogas. Estos delitos son de competencia de los tribunales ordinarios.

Allanamiento por parte del Saila

Otra de las jurisprudencias versa sobre la realización de allanamientos a residencias por parte del Saila de una comunidad de la Comarca Kuna Yala. De acuerdo con el accionante de la acción de hábeas corpus, su cliente se encuentra privado de su libertad a órdenes del Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas, sobre la base de una diligencia de allanamiento realizada en su residencia, en abierta violación a las normas recogidas en el Código Judicial sobre esta materia. El abogado aduce que la detención preventiva de su cliente se hace con base en un allanamiento y registro ilegal, practicado por miembros de la Policía Nacional y el Saila de una comunidad de la Comarca Kuna Yala, lo cual es violatorio de la garantía constitucional del debido proceso, toda vez que no existe norma legal que establezca que estos servidores sean autoridades competentes para decretar un allanamiento.

La Corte Suprema de Justicia determinó lo siguiente:

... Ahora bien, en relación a los cargos formulados por el accionante sobre la ilegalidad de la diligencia de allanamiento practicada en la residencia del señor Antonio Caraballo Ramírez, toda vez que considera que ni la Policía Nacional ni el Sáhila de una comunidad de la Comarca Kuna Yala constituyen autoridad competente para decretar un allanamiento, es preciso indicar que si bien es cierto nuestro Código de Procedimiento Penal señala que los funcionarios de instrucción son los competentes para ejecutar este tipo de acción, no es menos cierto que los Decretos N°. 5 de 3 de enero de 1934 y N°. 39 de 26 de junio de 1939, establecen esta facultad igualmente a los corregidores, entre otros funcionarios,

¹⁷ Acción de hábeas corpus a favor de Charles Martínez Félix, contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, Panamá, 19 de octubre de 2006.

Hacia sistemas jurídicos plurales

categoría a que es asimilable el sahila como autoridad de policía dentro de cada una de las comunidades de la Comarca de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 16 de 1953, por la cual se crea la Comarca de San Blas¹⁸.

En este fallo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia panameña determinó que los sailagan de la Comarca Kuna Yala tienen la misma categoría que los corregidores. Por lo tanto, ellos están facultados para realizar el allanamiento, lo que significa que sus actuaciones son legales en esa materia.

Los dos fallos citados no nos indican cuándo las autoridades indígenas tienen competencia para resolver los conflictos sociales que se originan en sus territorios. Más bien, los magistrados han decidido casos concretos que les han presentado a ellos.

VII. Conclusiones

Los pueblos indígenas poseen patrones culturales propios; por ende, los valores y características del derecho y la justicia indígenas se diferencian de los del resto de culturas existentes. El principio del derecho y la justicia indígenas tiene su base en la cosmovisión de estos pueblos.

Las leyes comarcales establecen la aplicación de justicia indígena, a fin de resolver la violación de las normas de los pueblos indígenas pero sin violentar las normas constitucionales ni las leyes nacionales. Cada pueblo indígena tiene su manera de resolver los conflictos sociales que surjan en sus territorios, que en su mayoría son de menor gravedad.

En algunas leyes comarcales se establece la creación de tribunales de justicia ordinaria en los territorios indígenas, con el propósito de conocer los asuntos que someten a la legislación nacional los miembros de los pueblos indígenas.

Existen leyes nacionales que otorgan competencia, a prevención con otras autoridades judiciales nacionales, a las autoridades tradicionales para aplicar las medidas de protección, como ocurre en los casos de violencia doméstica.

¹⁸ Acción de hábeas corpus a favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona, Panamá, 8 de agosto de 2007.

Por otro lado, existen conflictos de competencia entre las autoridades judiciales y las autoridades tradicionales, debido a la falta de coordinación entre estas autoridades en las diligencias judiciales y en la aplicación del derecho indígena.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en sus fallos todavía no ha podido establecer en qué casos las autoridades indígenas tienen facultad para resolver los conflictos sociales. Sin embargo, en la práctica, las autoridades tradicionales indígenas han resuelto los conflictos sociales de menor gravedad.

Las últimas reformas judiciales, como ocurre en el Proyecto de Ley Procesal Penal, han incluido en forma expresa la jurisdicción indígena, la cual constituye un avance en el reconocimiento de los derechos históricos de los pueblos indígenas.

En el nuevo sistema penal acusatorio, que es el previsto en el Nuevo Código Penal panameño y también en el Nuevo Código Procesal Penal, es obligatoria la práctica de peritaje cultural cuando una de las partes sea miembro de un pueblo indígena, independientemente de si el acto delictivo o la falta ocurrió en un territorio indígena.

VIII. Recomendaciones

Antes de la creación de los Tribunales de Justicia Indígena se debe realizar un estudio científico para determinar sus competencias; este estudio servirá también para determinar qué asuntos o procesos son de competencia de los Tribunales de Justicia Ordinaria. Igualmente se deben compilar jurisprudencias relacionadas con los pueblos indígenas.

En los asuntos de familia que no tienen efectos de cosa juzgada, se debe dar competencia a las autoridades tradicionales indígenas, por ejemplo, en los casos de pensión alimenticia, reglamentación de visita, guarda, crianza y educación.

Se debe capacitar a los administradores de justicia ordinaria, de todas las jerarquías y en forma continua y permanente, en los temas de derecho indígena y en la nueva jurisdicción indígena prevista en el Nuevo Código Procesal Penal. En las capacitaciones se debe incluir a los miembros del Ministerio Público.

 *Hacia sistemas jurídicos plurales*

Glosario

Abia Yala: En lengua kuna, “Madre Tierra en plena madurez”. Es el continente que los europeos llamaron América. La denominación *Abia Yala* es aceptada por la mayoría de los pueblos indígenas.

Buko Day: Cuerpo de seguridad tradicional en la Comarca Ngöbe-Buglé. Es el responsable de mantener el orden, la disciplina de la comunidad y está sujeto a los caciques generales, regionales, locales y jefes inmediatos.

Cartas Orgánicas: Decretos ejecutivos que reglamentan las leyes comarcales.

Comarca indígena: División política especial del territorio panameño, regida por la ley que la crea y por las normas, costumbres o cosmovisión del pueblo o pueblos indígenas que la habitan.

Congreso General Kuna o indígena: Asamblea en la que participan los delegados de todas las comunidades del pueblo kuna, encabezados por sus sailas, que son los únicos que tienen derecho a voz y voto; los demás delegados sólo tienen derecho a voz. En otros pueblos indígenas, todos los que asisten al Congreso General tienen derecho a voz y voto.

Congreso local: Asamblea de una comunidad indígena. En ella todos los comuneros tienen derecho a voz y voto.

Jefes inmediatos: Jefes de las comunidades en la Comarca Ngöbe-Buglé.

Noko o Nokora (en idioma emberá) **o Chi Poor** (en idioma Wounaan): Jefes de las comunidades Emberá o Wounaan.

Sailas o Sailagan: Son jefes-guías espirituales del pueblo kuna.

Sualibed: Custodios o miembros de la seguridad tradicional en la cultura kuna.

Zarra: Custodios o miembros de la seguridad tradicional en la cultura emberá.

Bibliografía

- Alianza Ciudadana Pro Justicia y Procuraduría de la Administración (2003). *Diagnóstico de la justicia administrativa en Panamá*, Financiado por USAID - Panamá.
- Alianza Ciudadana Pro Justicia (2004). *Audito ciudadano de la justicia penal en Panamá*, Editora Sibauste, Panamá.
- Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Oficina Regional para América Latina (2008). *Cuadro comparativo entre el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas*.
- Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) (2003). *Informe final de los resultados de la cobertura boscosa y uso del suelo de República de Panamá: 1990-2000*, Proyecto de Fortalecimiento Institucional del Sistema de Información Geográfica de la ANAM para la Evaluación y Monitoreo de los Recursos Forestales de Panamá con Miras a su Manejo Sostenible, ANAM, Panamá.
- CEPAL-BID (2005). Los pueblos indígenas de Panamá. Diagnóstico sociodemográfico a partir del Censo de 2000. Segundo Informe, junio, Santiago de Chile.
- Bustamente Córdoba, Lenis (2003). *Manual del ciudadano y de la ciudadanía para el acceso a la justicia administrativa*, Alianza Ciudadana Pro Justicia, Panamá.
- *Constitución Política de Panamá*. 6^a ed., Editorial Mizrachi & Pujol S.A., febrero de 2005.
- Coordinadora Nacional de Pastoral Indígena (CONAPI) y Pastoral Social - Caritas (2006). *Memoria VIII Encuentro Nacional de Pastoral Indígena 2004. Migración indígena en Panamá y la fuerza de los pequeños*, Panamá.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. “Sentencia del proceso seguido a Eustaquio Sanjur Marcucci, sancionado por delito

Hacia sistemas jurídicos plurales

de homicidio doloso en perjuicio de Marina Montezuma Sánchez". Magistrado Ponente: Roberto E. González R., Panamá, 20 de febrero de 2001.

- Ehrman, Dialys (2005). *Derecho indígena y la administración de justicia en nuestros pueblos*, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá.
- Fallo de la demanda contencioso-administrativa de nulidad, interpuesta por el Licenciado Miguel Vanegas en representación del Corregimiento de la Comarca de Madungandi, para que declare nula, por ilegal, la sesión del Consejo Municipal del Distrito de Chepo, celebrada el 2 de septiembre de 2001.
- Fallo de la sentencia condenatoria apelada, en proceso que se le sigue a Leopoldina Bacorizo Rosales, sindicada por delito contra la vida e integridad personal (homicidio) en perjuicio de Braulio Barrigón Cárdenas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, 18 de septiembre de 2003.
- Fallo de acción de hábeas corpus a favor de Charles Martínez Félix, contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, Panamá, 19 de octubre de 2006.
- Fallo de acción de hábeas corpus a favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona, 8 de agosto de 2007, Panamá.
- Gabinete Social de la República de Panamá y Sistema de Naciones Unidas en Panamá (2005). *Objetivos de desarrollo humano. Segundo informe*, septiembre, Panamá.
- *Informe de la Comisión de Estado por la Justicia* (2005), Panamá.
- Ley N°. 38 de 10 de julio de 2001.
- *Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala*, en [www.congresogeneralkuna.org/normas%20kunas.htm]

- MEF (2005). *Principales resultados de la Encuesta de Niveles de Vida 2003*, Edición revisada.
- Valiente López, Aresio (1998). *Memoria de capacitación a dirigentes indígenas sobre sus derechos*, CEALP.
- Valiente López, Aresio (2000). “Derechos indígenas y propiedad de la tierra”, en *Libro Blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica*, Associació Catalana de Professionals per la Cooperació - Jueces para la Democracia - Comisión Europea, San José de Costa Rica.
- Valiente López, Aresio (2002). *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá*. Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), San José de Costa Rica.
- Valiente López, Aresio (2005). “Administración de justicia indígena en las leyes comarcales y en la legislación panameña”, en seminario “Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas”. Instituto Interamericano de Derechos, San José de Costa Rica.
- Valiente López, Aresio (2005). *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de Panamá*. Avalado por los congresos y organizaciones indígenas de Panamá. Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP), Panamá.
- Valiente López, Aresio y Nidia Martínez (2003). *Derechos humanos y pueblos indígenas*, CEALP.



Este trabajo forma parte del siguiente libro:

Huber, Rudolf *et al.* (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Colombia, Fundación Konrad Adenauer, 2008.