

UNIDAD V

El derecho a una resolución en un plazo razonable

Objetivos:

1. Obtener conocimientos sobre el derecho a una resolución en un plazo razonable como una forma de garantizar el acceso a la justicia
2. Obtener conocimientos sobre la forma en que opera en la práctica panameña la garantía del derecho a una resolución en un plazo razonable.
3. Obtener habilidades y destrezas para garantizar el derecho a la obtención de una resolución en un plazo razonable.

1. Antecedentes históricos del derecho a una resolución en un plazo razonable

El derecho a un fallo sin demora se encuentra regulado en diversas declaraciones de derechos norteamericanas. Así la Declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 dispuso el derecho de todo acusado “(...) a ser juzgado rápidamente (...)”²⁶⁰.

Por su parte la Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware del 11 de septiembre de 1776 dispuso en su artículo 14 el derecho de todo hombre en delitos criminales “(...) a un proceso sin dilaciones (...)”²⁶¹.

La Enmienda VI a la Constitución de los Estados Unidos de América, aprobada el 15 de diciembre de 1791 estableció el derecho de todo acusado “(...) a que se le juzgue pronto (...)”²⁶².

Uno de los reclamos de la doctrina ilustrada es la breve duración del proceso. En este sentido indicó Cesare Beccaria acerca del proceso penal: “Tanto más justa y útil será la pena cuanto más pronta fuere y más vecina al delito cometido. Digo más justa porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre que crecen con el vigor de la imaginación y con el principio de la propia flaqueza; más justa porque siendo una especie de pena la privación de la libertad (se refiere a la prisión preventiva) no puede preceder a la custodia, sino en cuanto la necesidad obliga”²⁶³. Agregó luego: “El mismo proceso debe acabarse en el más breve tiempo posible”²⁶⁴.

260 Cf. Peces-Barba (Editor), 1987, p. 103.

261 Cf. Peces-Barba (Editor), 1987, p. 111.

262 Cf. Peces-Barba (Editor), 1987, p. 117.

263 Beccaria, 1988, capítulo 19, pp. 60-61. Indica Mirabeau: “*El marqués de Beccaria ha observado muy bien, que las dilaciones prolongadas entre el crimen y la pena, destruyen caso todo el fruto que se podía esperar del ejemplo. El delito está ya olvidado, tan luego como la sentencia se ha puesto en ejecución. El espectador no ve más que el castigo del criminal, en la muerte del individuo. Por una consecuencia necesaria, ningún sentimiento lleva consigo de la equidad de la ley, ni del riesgo de violarla; todas sus afecciones se reducen a una compasión estéril, por los dolores del desgraciado que ha visto perecer./Pero hay una razón mucho más importante aun para que una vez que el delito se haya cometido, se forme al preso el procedimiento, lo más pronto posible, y es la de que este puede muy bien manifestar su inocencia. El entendimiento humano no puede, sin penetrarse de horror, concebir la cuestión preparatoria que en Francia se empleaba otras veces. ¡Y bien! El encarcelamiento largo tiempo antes del proceso, dimana del mismo origen, aunque no está acompañado de la misma crueldad; pues, en los dos casos, se empieza a infligir una pena, y después se examina con despacio si el desgraciado que la sufre es inocente o culpable. Al cabo de siete u ocho meses que está privado de libertad, después de haber sufrido en este intervalo todos los horrores de la prisión, el infortunado es conducido en fin delante del juez que, sobre sus interrogatorios, le declara perfectamente inocente. ¿Qué resulta de esto? A la verdad, su reputación queda restablecida,*

2. El derecho a una resolución en un plazo razonable de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos, establece en su artículo 7 inciso 5), el derecho de toda persona detenida a ser juzgada en un plazo razonable. Sin embargo, regula además el derecho de toda persona a ser oída dentro de un plazo razonable por el tribunal competente, ello en su artículo 8 inciso 1).

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
- 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.**
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Artículo 8. Garantías Judiciales

- 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**

pero su salud nunca lo estará; puede ser también que haya perdido para siempre los medios de ganar su vida, y que encuentre a su desgraciada familia en alguna casa de misericordia, en donde la vergüenza y la miseria la han obligado a refugiarse”. Citado en: Beccaria, 1993, p. 102.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Esta Convención es amplia, ya que comprende también el derecho de los imputados no detenidos, además que hace referencia al derecho de todos los interesados en un proceso penal, inclusive de aquellos que se oponen al imputado, por ejemplo la víctima, a obtener una resolución en un plazo razonable. Se agrega a ello que se trata de una norma que tiene aplicación no solamente en el proceso penal, sino también en los procesos civiles y de otra índole, como expresamente lo establece la CADH, al decir que rige también con respecto a las obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

3. El derecho a una resolución en un plazo razonable en la Constitución

El artículo 201 de la Constitución Política indica:

La administración de justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida. La gestión y actuación de todo proceso se surtirá en papel simple y no estarán sujetas a impuesto alguno. Las vacaciones de los Magistrados, Jueces y empleados judiciales no interrumpirán el funcionamiento continuo de los respectivos tribunales.

Debe resaltarse también el artículo 215 de la Constitución Política, que dispone:

Las Leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios.

1. Simplificación de los trámites, economía procesal y ausencia de formalismos.
2. El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial.

4. Contenido del derecho a una resolución en un plazo razonable

El derecho a una resolución en un plazo razonable, tal y como se dijo en el módulo sobre el derecho al acceso a la justicia, desempeña un papel fundamental para garantizar dicho derecho, ya que una justicia tardía no es justicia. Ello adquiere, por ejemplo gran importancia en el proceso penal, especialmente cuando el imputado se encuentra en detención preventiva.

Hay diversas resoluciones dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se han referido al derecho a una resolución en un plazo razonable, las que usualmente están referidas al derecho del imputado y tienen como antecedentes resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana, se refirió al derecho a la víctima a una resolución en un plazo razonable en el caso Genie Lacayo, resuelto por sentencia del 29 de enero de 1997:

77. El artículo 8.1 de la Convención también se refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales (Ver entre otros, Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A no. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain judgment of 23 June 1993, Series A no. 262, párr. 30).

78. Por lo que respecta al primer elemento, es claro que el asunto que se examina es bastante complejo, ya que dada la gran repercusión de la muerte del joven Genie Lacayo, las investigaciones fueron muy extensas y las pruebas muy amplias (supra 69). Todo ello podría justificar que el proceso respectivo, que adicionalmente ha tenido muchos incidentes e instancias, se haya prolongado más que otros de características distintas.

79. En cuanto al segundo elemento que se refiere a la actividad procesal del afectado no consta en autos que el señor Raymond Genie Peñalba, padre de la víctima, hubiere

tenido una conducta incompatible con su carácter de acusador privado ni entorpecido la tramitación, pues se limitó a interponer los medios de impugnación reconocidos por la legislación de Nicaragua (supra 70).

80. En lo que al tercer elemento se refiere, es decir, en cuanto a la conducta de las autoridades judiciales de Nicaragua, esta Corte estima que no se han producido dilaciones excesivas en las diversas etapas del proceso, con excepción de la última fase todavía pendiente (supra 71), es decir, del recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia interpuesto por la parte acusadora el 29 de agosto de 1994, admitido por dicho Tribunal el 31 siguiente y que, no obstante las diversas solicitudes de las partes, todavía no ha sido resuelto. Incluso considerando la complejidad del asunto, así como las excusas, impedimentos y sustitución de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el plazo de más de dos años que ha transcurrido desde la admisión del citado recurso de casación no es razonable y por consiguiente este Tribunal debe considerarlo violatorio del artículo 8.1 de la Convención. Lo hará en la parte resolutive en relación con el artículo 1.1 de la misma que es el que contiene la obligación general de respetar la Convención.

81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama ‘análisis global del procedimiento’ (Motta, supra 77, párr. 24; Eur. Court H.R., Vernillo judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., Unión Alimentaria Sanders S.A. judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157). Aún cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia, es decir, realizando el cómputo a partir del 23 de julio de 1991, fecha en que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad en que todavía no se ha pronunciado sentencia firme, han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención.

Conforme a ello el plazo razonable debe ser determinado de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, por ejemplo la complejidad del asunto, la actuación que han tenido las partes y la forma en que el proceso ha sido conducido por las autoridades judiciales. Es importante tener en cuenta que el exceso de trabajo, por ejemplo por la gran cantidad de asuntos por resolver, no debería ser una justificación para que no se dicte una resolución en un plazo razonable.

En materia penal en el derecho comparado se ha tendido a establecer plazos máximos de duración de la detención preventiva. Igualmente algunas legislaciones han llegado a regular un plazo máximo de duración del procedimiento preparatorio o bien del proceso penal en su totalidad.

La garantía de una resolución en un plazo razonable debe operar en todo tipo de proceso judicial, siendo aplicable, como se dijo con anterioridad a los reclamos en la vía administrativa. Especialmente en esas vías, tiene gran relevancia cuando se trata de prestaciones sociales

brindadas por el Estado, las que se basan en definitiva en necesidades sociales que tienen las personas, por lo que el atraso en la prestación de las mismas causa ya un daño irreparable.

En determinadas materias tiene también una gran relevancia la resolución en un plazo razonable, por ejemplo cuando se trata de reclamos de carácter laboral, de igual forma hay temáticas que requieren decisiones cautelares inmediatas, por ejemplo cuando se está ante un reclamo de existencia de violencia doméstica, cuando se está ante un alegato de pago de alimentos, o bien se está discutiendo aspectos relacionados con niños y adolescentes, en los que el interés superior del niño exige que se actúe conforme al mismo en el menor tiempo posible.

En cuanto a la materia civil señala el artículo 468 del Código Judicial:

Tanto el juez como los órganos auxiliares de los tribunales, tomarán las medidas legales que sean necesarias para lograr la mayor economía procesal.

Uno de los grandes problemas con respecto al atraso de los procesos son las prácticas dilatorias en que se incurre por las partes, lo que es favorecido cuando el proceso es escrito, como ocurre en materia civil. El deber de los jueces al respecto es impedir esas prácticas dilatorias, las que son contrarias al deber de lealtad que tienen las partes. Sobre ello indica el artículo 467 del Código Judicial:

Las partes deben comportarse con lealtad y probidad durante el proceso y el juez hará uso de sus facultades para rechazar cualquier solicitud o acto que implique una dilación manifiesta e ineficaz del litigio o cuando se convenza de que cualquiera de las partes o ambas se sirvan del proceso para realizar un acto simulado o para perseguir un fin prohibido por la ley.

En Panamá se han presentado graves problemas con respecto a lo que se ha llamado la mora judicial. Al respecto entre las causas a las que se ha atribuido la misma ha señalado Mariela Ledesma²⁶⁵:

- a) Carencia de jueces. Sobre ello dice Mariela Ledesma que es una causa que frecuentemente es mencionada por el Órgano Judicial²⁶⁶.
- b) Recursos económicos insuficientes. Dice al respecto Mariela Ledesma que la Corte Suprema de Justicia ha mencionado como causa de la mora judicial la falta de recursos económicos, lo que impide que el Órgano Judicial compre equipos, capacite a sus miembros, cree nuevos juzgados, contrate más personal, y en general realice todo aquello que se traduzca en mejoras al sistema²⁶⁷. A pesar de reconocer que evidente-

265 Ledesma, Mariela (2001, pp. 174-182).

266 Ledesma, Mariela (2001, p. 174).

267 Ledesma, Mariela (2001, p. 174).

mente el problema económico es uno de los principales factores de la mora judicial, advierte Mariela Ledesma que una mayor asignación económica debe realizarse en el marco de un programa integral que aborde todas y cada una de las causas generadoras del problema, ya que lo de contrario, serviría simplemente para el incremento de salarios y de planilla de los juzgados, lo que no constituye una solución al problema²⁶⁸.

- c) Marco normativo obsoleto y excesivamente formalista. Entre los aspectos relacionados con esto ha dicho: “El marco normativo de nuestro sistema data de, por lo menos, cien años y su diseño no tiene como objetivo principal la agilización, eficiencia o rapidez de los procesos, ya que, por el contrario, se trata de un sistema escrito que, al momento de su concepción contaba con muy pocos usuarios. Nuestro sistema no se diseñó considerando la gran cantidad de materias nuevas que se le han incorporado, como es el caso del Derecho de Familia, la libre competencia y otros, que lo han llevado a colapsar”²⁶⁹. En lo relativo a la materia penal señala: “En el derecho procesal penal es importante mencionar que Panamá es el único país del área centroamericana que no ha modernizado su derecho procesal penal, pues los demás países de la región han incorporado a su práctica el sistema acusatorio”²⁷⁰. En cuanto a la materia civil dice: “La realidad del proceso civil es otra: esencialmente escrito y conceptuado de una manera muy formalista, el proceso civil se enfoca en el litigio más que en la resolución del conflicto y, por ende, permite la interposición de una serie de recursos, que consiguen dilatar indefinidamente el proceso, llevando incluso al juez, a tener que resolver temas que debieran ser contemplados en la sentencia, pero que debido a la concepción formalista, requieren de un pronunciamiento previo. Cabe destacar el papel pasivo, que desempeña el juez, quien debe dejar casi en su totalidad a las partes el impulso del proceso”²⁷¹.
- d) Excesiva demanda de servicios. Sobre ello señala Mariela Ledesma: “El creciente incremento en el número de demandas que se reciben en el sistema judicial anualmente (en las diversas instancias), nos lleva a colegir que ésta también puede ser una de las causas para la mora judicial, pues, si la cantidad de tribunales existentes, no tiene la capacidad de tramitar y resolver con celeridad todos los casos que ingresan anualmente al sistema, mucho menos será factible, si el número de casos tiende a aumentar año tras año”²⁷².
- e) Falta de mecanismos alternativos de solución de conflictos. Indica al respecto Mariela Ledesma que la formación educativa de los abogados es netamente litigiosa, por lo

268 Ledesma, Mariela (2001, p. 175).

269 Ledesma, Mariela (2001, p. 176).

270 Ledesma, Mariela (2001, p. 176).

271 Ledesma, Mariela (2001, pp. 176-177).

272 Ledesma, Mariela (2001, p. 177).

que no busca la resolución del conflicto a través de formas alternativas. Agrega que esos medios de solución son poco conocidos por los mismos litigantes²⁷³.

- f) Promulgación de nuevas leyes sin planificación adecuada. Sobre ello dice Mariela Ledesma que muchas leyes responden más a un momento político que a una necesidad de la población, no estudiándose la forma en que afectan a la totalidad del engranaje judicial²⁷⁴.
- g) Corrupción. Dice Mariela Ledesma que la corrupción es una de las causas de la mora judicial²⁷⁵.

Como recomendaciones formula Mariela Ledesma:

- a) Introducir una mayor oralidad a nuestros procesos, de manera tal que los mismos sean ágiles y no se dilaten los procedimientos.
- b) Implementar la aplicación de sanciones, tanto para los abogados como para los funcionarios que dilaten innecesariamente los procesos.
- c) Orientar la educación que reciben nuestros abogados hacia la solución de la causa por medio de vías alternas de resolución de conflictos y no a través del conflicto judicial.
- d) La promoción de medidas alternas a las penas de prisión, contribuiría sustancialmente a reducir el volumen de detenidos sin proceso en Panamá.
- e) Seguir invirtiendo en tecnología y en capacitación del recurso humano.
- f) Establecer un índice individualizado de mora por juez y fiscal.
- g) Asignación de un mejor presupuesto, mejor planificado.
- h) Reformar la normativa evitando el plagio de códigos extranjeros y experimentando con reformas previas a su aplicación masiva.
- i) Asignar una proporción de los ingresos provenientes de los incautamientos de drogas y lavado de dinero a los defensores de oficio y al sistema de justicia penal, para coadyuvar a reducir la carga de todo el sistema.
- j) Constituir cámaras de arbitraje de los particulares.
- k) Crear un servicio de pasantías o internado obligatorio para los estudiantes de derecho, bien puede contribuir a incrementar un bajo costo y con mucha rapidez la capacidad de operación del sistema judicial.
- l) Establecer un diálogo entre la sociedad civil y el órgano judicial para ventilar y buscar soluciones a los problemas que tiene el sistema, donde el Órgano Judicial reconozca la legitimidad y necesidad que tiene la sociedad civil de participar en las reformas que se le hagan al sistema y donde esta sociedad, conformada por los usuarios del servicio de justicia que ofrece el estado, se convierta en una aliada del regente del sistema, más que en una atacante frontal del mismo²⁷⁶.

273 Ledesma, Mariela (2001, p. 178).

274 Ledesma, Mariela (2001, p. 179).

275 Ledesma, Mariela (2001, p. 179-182).

276 Ledesma, Mariela (2001, pp. 184-185).

Ejercicios de evaluación

1. ¿Cuánto dura en promedio un asunto en su juzgado de su comunidad?
2. Busque en su despacho al azar tres expedientes judiciales y haga un desarrollo sobre la tramitación que ha tenido. Presente un informe, en donde analice si se ha cumplido con el principio de justicia pronta, determinando cuáles medidas deberían aplicarse en un futuro para corregir los atrasos que han existido.

UNIDAD VI

Análisis de algunos sectores en situación de vulnerabilidad para el acceso a la justicia

Objetivos:

1. Obtener conocimientos sobre las implicaciones que tiene la garantía del acceso a la justicia con respecto a algunos sectores en situación de vulnerabilidad en Panamá.
2. Obtener conocimientos sobre las dificultades para el acceso a la justicia de las personas en situación de pobreza en Panamá y las formas en que se puede compensar, como garantía del derecho de igualdad y de no discriminación.
3. Obtener conocimientos sobre el acceso a la justicia de los imputados en Panamá y las dificultades que se presentan en la práctica al respecto, especialmente correlación a la efectiva garantía del derecho de defensa y el dictado excesivo de la detención preventiva.
4. Obtener conocimientos sobre el acceso a la justicia de los privados de libertad en Panamá y las dificultades que se han tenido en la práctica para garantizarlo.
5. Obtener conocimientos sobre el acceso a la justicia de las personas víctimas de delitos en Panamá y las dificultades que se han tenido en la práctica para garantizarlo.
6. Obtener conocimientos sobre el acceso a la justicia de las personas víctimas de violencia intrafamiliar y las dificultades que se han tenido en la práctica para garantizarlo.
7. Obtener conocimientos sobre el acceso a la justicia de los niños y adolescentes y las dificultades que se han tenido en la práctica para garantizarlo.
8. Obtener conocimientos sobre el acceso a la justicia de las personas integrantes de los pueblos indígenas en Panamá y las dificultades que se han tenido en la práctica para garantizarlo.
9. Obtener conocimientos y habilidades para garantizar el acceso a la justicia de los sectores que están en una situación de vulnerabilidad, que puede dificultar dicho acceso.

1. Acceso a la justicia de las personas que se encuentran en situación de pobreza

La pobreza en Panamá es un problema muy extendido. En 2003 el porcentaje de pobres ascendía al 37.2% de la población, ascendiendo aproximadamente a 1. 139,300 personas, siendo de ello el 17.7% de pobreza extrema, que eran aproximadamente 511,800 personas²⁷⁷. En el área urbana la pobreza asciende al 20.6%, de lo cual un 4.6% es extrema. En el área rural no indígena, la pobreza era del 37.2%, de lo cual un 16.7% era extrema. En el área rural indígena la pobreza asciende al 98.5%, de lo cual un 89.7% es extrema²⁷⁸. Resalta de ello un alto porcentaje de pobres en Panamá y una gran disparidad entre el área urbana y rural, encontrándose una situación de pobreza extrema generalizada en el área rural indígena.

Con respecto al problema de la pobreza el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 26º período (extraordinario) de sesiones (13 a 31 de agosto de 2001) examinó el segundo informe periódico de Panamá (E/1990/6/Add.24) y aprobó como observaciones finales:

El Comité alienta al Estado Parte a tomar medidas para cumplir el compromiso que asumió de desarrollar programas y políticas eficaces de lucha contra la pobreza y de alcanzar el objetivo de reducir la tasa de pobreza del 37 al 30% de la población para el año 2003. En este sentido, el Comité insta al Estado Parte a resolver el persistente problema de la acusada desigualdad de ingresos. El Comité exhorta también al Estado Parte a examinar las distintas iniciativas encaminadas a contribuir a reducir la pobreza para que en ellas se integren plenamente los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, a la luz de la “Declaración sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” aprobada por el Comité en mayo de 2001.

Los costos económicos de acudir ante la justicia a reclamar los derechos operan como una fuerte limitación cuando se trata de personas en situación de pobreza. En este sentido indica Enriqueta Davis Villalba basándose en un estudio del Instituto Interamericano de Derechos Humanos: “La primera conclusión a la que llegan todas las investigaciones locales es que **la cuestión económica es un factor determinante a la hora de que una persona decida llevar sus necesidades de definición de situaciones jurídicas a las instancias de justicia**: en todos los países incluidos en el estudio hay tasas y costos de utilización de la Justicia que, cuando se comparan con los ingresos promedios de los sectores bajo la línea de pobreza, se tornan insuperables, aún sin considerar el costo que representa la asesoría legal”²⁷⁹. Agrega: “No cabe duda que los otros obstáculos objetivos que existen para el acceso a la justicia

277 Ministerio de Economía y Finanzas (2005).

278 Ministerio de Economía y Finanzas (2005).

279 Davis Villalba (2001, pp. 136-137). Véase también: Alianza Ciudadana Pro Justicia (2004, p. 29).

– que por tanto pueden afectar al total de la población – se magnifican cuando se trata de los sectores más desfavorecidos. Hay que considerar, en fin, que los obstáculos de percepción o subjetivos inciden con mayor fuerza en el caso de los sectores más desfavorecidos”²⁸⁰.

El módulo uno sobre el acceso a la justicia se refirió a los problemas de acceso que tienen las personas que se encuentran en situación de pobreza y las obligaciones estatales de paliar esa situación con acciones positivas a favor de las personas que no pueden pagar los costos de un abogado, los costos del proceso o los que implican procurarse prueba. Por otro lado, se hizo mención a la situación de desigualdad en que con frecuencia se encuentran las partes en un proceso, debiéndose procurar el equilibrio al respecto.

Debe destacarse la relevancia que para el acceso a la justicia tiene el derecho al asesoramiento legal, con respecto al cual en general se presentan problemas para las personas en situación de pobreza, que no pueden costear los costos de los abogados privados.²⁸¹

Ello lleva a la necesidad, como se dijo, de que como consecuencia del principio de igualdad, expresado a través del principio de estado social de derecho, que el Estado establezca mecanismos que hagan posible ese asesoramiento legal a las personas en situación de pobreza.

Con respecto al derecho al asesoramiento legal, debe recordarse lo que se dijo con anterioridad con respecto a los problemas de igualdad de armas que existen incluso cuando se asigna un defensor de oficio.

La sociedad civil a través de las ONGs puede contribuir para la garantía de ese derecho, pero sin olvidarse que fundamentalmente se trata de una obligación estatal.

En Panamá el Instituto de la Defensoría de Oficio, trasciende la materia penal. Así el artículo 413 del Código Judicial establece una disposición general, indicando:

El Instituto de Defensoría de Oficio depende del Órgano Judicial, está constituido por los abogados que designe el Pleno de la Corte Suprema de Justicia para que actúen en defensa de los intereses de toda persona que tenga derecho a asistencia legal gratuita.

Además deben mencionarse los servicios de asesoría legal gratuitos ofrecidos por el Consultorio de Asistencia Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, en los que laboran estudiantes como parte de su práctica profesional, bajo la supervisión de profesionales en Derecho.

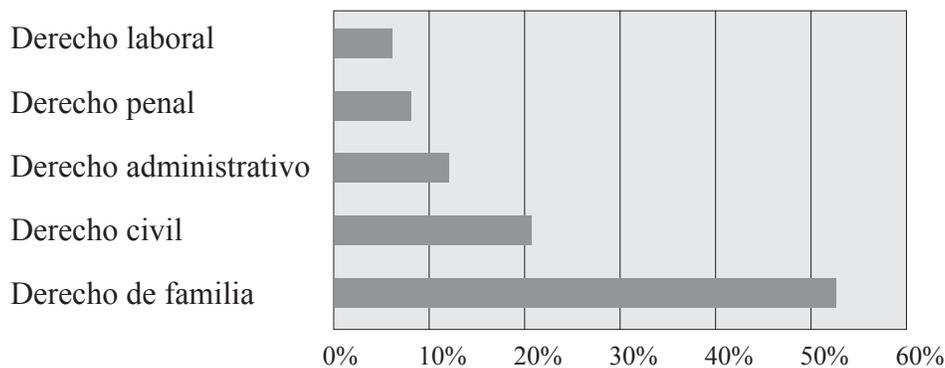
280 Davis Villalba (2001, p. 137).

281 Sobre ello: Davis Villalba (2001, p. 138).

Este Consultorio “brinda orientación, asesoría y representación legal a una población que no cuenta con los medios económicos para pagar los honorarios de abogado”²⁸². Además hay Universidades privadas que prestan el servicio de Consultorios Jurídicos, en forma similar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá²⁸³.

En cuanto a las estadísticas del servicio de los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Panamá: “Para el año 2004, se atendieron 4,568 casos; siendo el derecho de familia el área que demandó la mayor atención con 2,381, o sea el 52.1%; el 18% (824 casos) correspondió a trámites de carácter civil; el 12% (552) fueron casos de derecho administrativo; el 10.1% (463) correspondió a causas penales, y la atención en el campo laboral fue la más baja con 348 casos (7.6%)”²⁸⁴. En cuanto al año 2005 “se registraron 3,736 casos; manteniéndose el derecho de familia con el porcentaje más alto: 52.9% (1,978 casos); el 20.3% (759) correspondió a casos de derecho civil; el 12% (450) fueron causas administrativas; el 8.5% (321) fueron causas de derecho penal, y el derecho laboral tuvo el 6.1% (228 casos)”²⁸⁵.

Estadísticas del servicio de los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Panamá



Es importante resaltar que en cuanto a la materia penal solamente se brinda asesoría a las víctimas, pero no a los imputados²⁸⁶. Por otro lado, la ayuda que brindan los consultorios es fundamentalmente de orientación y asesoría legal, y solo se brindó representación legal en un 20% y un 30% de los casos²⁸⁷.

282 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 21).

283 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 21).

284 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, pp. 21-22).

285 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 22).

286 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 21).

287 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 22).

Existen también una serie de consultorios jurídicos populares, como el Centro de Apoyo a la Mujer Maltratada y el Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP). Se dice, sin embargo, en el Segundo Áudito de la Justicia Penal que “uno de los aspectos a destacar en el tema de los consultorios legales populares es la dificultad para ubicarlos, pues algunos de ellos se encuentran inactivos o han cambiado sus direcciones. Igualmente, al ser ubicados algunos no cuentan con los datos estadísticos actualizados”. Se agrega: “En este tema la sociedad civil nuevamente presenta la existencia de pocas organizaciones dedicadas a coadyuvar en el cumplimiento de esta responsabilidad social, que por su magnitud y complejidad le compete primordialmente a las instituciones gubernamentales”²⁸⁸.

Con todo en el Segundo Áudito de la Justicia Penal, realizado por la Alianza Ciudadana Pro Justicia en 2007, se concluye: “Durante los últimos dos años, los consultorios legales populares han disminuido su nivel de actividad, y algunas de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) dedicadas a brindar asistencia legal gratuita a víctimas del delito han cerrado sus oficinas o disminuido su nivel de servicio a la comunidad; lo que limita el acceso a la justicia de una población que usualmente no cuenta con los medios económicos para pagar los honorarios de un abogado”²⁸⁹.

Otro obstáculo importante del acceso a la justicia para las personas de escasos recursos económicos, son con frecuencia los costos judiciales que hay que pagar.

Al respecto en el artículo 201 de la Constitución Política se dispone que la administración de justicia es gratuita²⁹⁰.

Artículo 201

La administración de justicia es gratuita, expedita e ininterrumpida. La gestión y actuación de todo proceso se surtirá en papel simple y no estarán sujetas a impuesto alguno. Las vacaciones de los Magistrados, Jueces y empleados judiciales no interrumpirán el funcionamiento continuo de los respectivos tribunales.

Por su parte el artículo primero del Código Judicial dice: “La administración de justicia es pública, gratuita, expedita e ininterrumpida”.

Además el artículo 477 del Código Judicial dispone: “La gestión y la actuación en los procesos civiles se adelantarán en papel común, no darán lugar a impuesto, contribución, tasa o contribución nacional o municipal ni al pago de derechos de ninguna clase y la correspondencia oficial, los expedientes, exhortos y demás actuaciones cursarán libres de porte por los correos nacionales”

288 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 22).

289 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 125).

290 Se dice que ya desde los inicios de la era republicana se estableció en Panamá que la administración de justicia es gratuita, esto en la Constitución de 1904. Cf. González Montenegro (2003, p. 19).

A pesar de ello se ha dicho que “si bien la Constitución y las Leyes garantizan la gratuidad de la justicia, existen costos que cubrir por el usuario, como certificaciones, y otros documentos que deben ser notariados, etc.”²⁹¹.

Además de garantizar el acceso a la justicia para las personas pobres, es de gran importancia garantizar el goce y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de modo que se admita si fuera necesario, la posibilidad de un reclamo judicial.

Como se dijo antes, deben reconocerse los problemas que han existido en Panamá para la admisión del reclamo de dichos derechos a través del proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos.

Ejercicios de evaluación

1. ¿Cómo opera la defensoría de oficio en asuntos no penales en la comunidad en la que usted labora?
2. ¿Existen ONGs que prestan asesoría jurídica en la comunidad en la que usted labora? Describa como funcionan.
3. ¿Prestan las Universidades de la comunidad en que usted labora el servicio de Consultorios Jurídicos? Describa como funcionan.
4. ¿Qué obstáculos diferentes a la garantía de la asesoría jurídica se presentan en Panamá en cuanto a costos para acudir a un proceso?

2. Acceso a la justicia de los imputados

Con frecuencia se llega a afirmar que los derechos humanos establecidos en los instrumentos internacionales operan en definitiva en protección de los delincuentes, dejando desvalidos a los que no lo son. Es frecuente que se proteste ante ello, indicándose que existe un exceso de garantismo a favor del imputado, dejándose desprotegidas a las víctimas.

Sobre ello señala Héctor Faúndez Ledesma:

Sugerir que el Derecho de los Derechos Humanos es un conjunto de garantías del delincuente, para que se sienta seguro y pueda actuar impunemente, más que una tergiversación abusiva del lenguaje y las instituciones, es una insensatez. La función del Derecho de los Derechos Humanos es servir de estatuto del hombre libre, para que toda persona sea tratada con el respeto inherente a su dignidad; con tal fin, se ha dispuesto que los agentes del Estado no pueden ser la excepción en lo que concierne al imperio del Derecho, y que éstos no pueden ejercer el poder en forma ilimitada, con

291 Davis Villalba (2001, p. 137).

pleno desprecio de los ciudadanos que están llamados a servir y de los principios y valores que sirven de fundamento a la vida en comunidad. En correspondencia con lo anterior, insinuar que quienes luchan por el imperio de la ley y la vigencia del Estado de Derecho están defendiendo a delincuentes es un argumento maniqueo e inmoral, que intenta escamotear la verdad y desvirtuar el papel que le corresponde al Estado en una sociedad democrática, pretendiendo presentar como legítimo el que – parafraseando a George Bernard Shaw – los misioneros se comen a los caníbales. Sin duda que los bienes jurídicos involucrados pueden ser los mismos y que, desde el punto de vista ético, pudiera sostenerse que en cualquier caso se han violado los derechos humanos. Pero, sin perjuicio de la responsabilidad penal del delincuente, la responsabilidad jurídica y política por el respeto de los derechos humanos corresponde solamente al Estado, en cuanto garante de los mismos, y en cuanto ente del que tenemos derecho a esperar un comportamiento digno y decente²⁹².

Lo dicho por este autor debe ser apoyado. Debe reconocerse que existe un derecho de toda persona de ser protegido por el Estado frente a las acciones de terceras personas que perturben su vida, integridad física o sus derechos. Por ejemplo, el derecho a la vida supone en primer lugar la obligación del Estado de no lesionar ese derecho, pero también su deber de adoptar medidas tendientes a evitar su lesión²⁹³.

En ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado el deber estatal de prevención de las violaciones de los derechos humanos realizadas por los agentes estatales, como también de prevenir las violaciones de derechos realizadas como agentes no estatales, de modo que frente a una ausencia de prevención puede existir responsabilidad estatal.

Por otro lado, existe también un deber estatal de emprender una investigación seria destinada a la sanción de los sujetos responsables. La omisión de esos deberes provoca una responsabilidad estatal. Sin embargo, no debe olvidarse que la protección otorgada por el Estado debe realizarse dentro del margen de respeto de los derechos humanos, asumidos por el ordenamiento jurídico como derechos fundamentales.

Debe tenerse en cuenta que la base de la legitimación de un estado de derecho es que incluso a aquellos a los que se les acusa de haber quebrantado los derechos de otros o se les ha condenado por ello, debe respetárseles sus derechos. Caso contrario, el Estado

292 Faúndez Ledesma (1999, p. 35). Sobre ello véase también: Faúndez Ledesma (2004, pp. 13-15).

293 Indican José María Rico y Luis Salas que la necesidad de seguridad ha sido siempre uno de los principales resortes de la vida social garantizada. Garantizar la seguridad de los miembros de la comunidad- agregan- ha constituido en cualquier época la razón de ser, la justificación e incluso la legitimación del poder ejercido por los gobernantes. Rico/Salas (1988, p. 13).

en el ejercicio del *ius puniendi*, no podría argumentar ninguna moral superior sobre los delincuentes²⁹⁴, puesto que se habría puesto al nivel de ellos.

En relación con el respeto a los derechos humanos es importante lo indicado por la Corte Interamericana en sentencia del 29 de julio de 1988, correspondiente al caso Velásquez Rodríguez, en la que dijo:

154. Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana²⁹⁵.

Con respecto al respeto de los derechos humanos por la justicia penal debe anotarse que se critica por algunos que el proceso penal garantiza demasiado los derechos de los imputados. Pero precisamente el proceso penal trata de que la persecución penal se desarrolle dentro del respeto de los derechos del imputado²⁹⁶.

Frente al poderío del Estado, capaz de encarcelar por largo espacio de tiempo a las personas que habitan en él, deben establecerse mecanismos de garantía de que se respetará el debido proceso cuando se disponga el encarcelamiento, ya sea preventivo o en cumplimiento de una pena privativa de libertad. Igualmente debe garantizarse el derecho con respecto a aquellos que permanecen en libertad durante su juzgamiento. Si no fuera así estaríamos no ante el juzgamiento de delitos, sino ante una mera represión policial, con las arbitrariedades a lo que lleva esto, como lo demuestra la historia universal más reciente.

Por ello, no es de extrañar que dentro de las declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos ocupe un lugar importante la regulación de los derechos de los imputados²⁹⁷.

294 Ferrajoli (1995, p. 396). En este sentido indica Faúndez Ledesma: “*Como los agentes no pueden estar exentos del cumplimiento de la ley, lo que se rechaza es que el crimen se combata con el crimen y que se pretenda justificar los excesos cometidos en la represión del delito, o que se pueda utilizar el poder en forma contraria a los propósitos del Estado; en realidad, la vigencia de los derechos humanos es lo que permite distinguir entre un policía y un delincuente*”. Faúndez Ledesma (2004, p. 13).

295 Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, relativa al caso Godínez Cruz, No. 162.

296 En este sentido dice Daniel González Álvarez: “*Sin garantías no hay proceso, es más un proceso es eso: una garantía, es decir, no tiene sentido pensar en que a un sujeto, lo vamos a someter a proceso, si no es en función de una garantía*” (González Álvarez: 1994, p. 19).

297 Llobet Rodríguez (2005a, p. 26).

Por todo lo anterior es de suma importancia el respeto de los derechos de los imputados (lo mismo que de los condenados) en especial es de gran importancia las garantías del juicio previo y del debido proceso. Debe tenerse en cuenta que la garantía del juicio previo no supone solamente que para la imposición de una condena se requiera la realización de un proceso penal en el que se determine la culpabilidad del imputado, sino además exige que el proceso que se lleve a cabo sea llevado de acuerdo con los lineamientos del debido proceso.

Es importante anotar que en Latinoamérica ha existido un proceso de reforma procesal penal, que ha llevado a la reforma de los Códigos de gran parte de los países, por ejemplo: Guatemala, Honduras, El Salvador, Nicaragua, Costa Rica, República Dominicana, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Ecuador, Chile y Argentina²⁹⁸.

Todo lo anterior fue impulsado en su momento por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988²⁹⁹, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en el que se basaron la mayoría de los nuevos Códigos. Se ha partido de la necesidad de superar la legislación procesal que estaba vigente, la que se había revelado como deshumanizada y lenta, lo que había llevado altos porcentajes de presos sin condena, unido a que se trataba de una legislación que no era acorde con la normativa constitucional y con las exigencias establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Con respecto a este proceso de reforma, Panamá se quedó atrás, no obstante que desde finales de la década de los noventa del siglo pasado ha tenido proyectada la reforma procesal penal, con respecto a la cual se han presentado varios proyectos, el último de ellos se presentó en mayo de 2006 por la Comisión que había sido creada por Decreto Ejecutivo No. 541 de 17 de noviembre de 2005.

Sobre la necesidad de una forma procesal penal señala Carlos Enrique Muñoz Pope:

La desatinada legislación procesal penal vigente sigue anclada en las viejas legislaciones españolas del siglo diecinueve, ya superada por completo con la legislación procesal promovida en España por Alonso Martínez y que poca o escasa influencia ha tenido en nuestro medio, pues por medio de la legislación unitaria contenida en el Código Judicial de 1987, que sigue muy de cerca la anterior de 1917, con los retoques y actualizaciones que la legislación, doctrina y jurisprudencia colombianas que todavía se sigue y estudia con frecuencia por algunos autores.

Continúa diciendo que con ello, refiriéndose al Código de 1983, derogado por la Ley No. 14 de 18 de mayo de 2007, que adoptó un nuevo Código Penal: “se han desvirtuado y

298 Cf. Llobet Rodríguez (2005b).

299 Sobre este Código: Llobet Rodríguez (1992, pp. 33-92); Llobet Rodríguez (1993).

dejado sin efecto algunos de los más importantes avances del Código Penal de 1982, vigente desde marzo de 1983³⁰⁰.

Debe reconocerse que luego de la presentación del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 y del proceso reformador que se impulsó con el mismo, se han incorporado en la legislación procesal panameña algunos de los institutos del Código Modelo, por ejemplo, la suspensión del proceso a prueba, la regulación de criterios de oportunidad, lo mismo que el controversial procedimiento abreviado. Sin embargo, en lo fundamental no se ha modificado la normativa procesal. Se dice al respecto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2006:

Las reformas que se introducían en nuestro orden jurídico, de alguna manera, representaban el interés de funcionarios y distinguidos juristas locales por dotar al país de ‘novedades’ y con tal proceder aquilataban, en el plano internacional, que la República de Panamá no quedara a la zaga de las reformas procesales de algunos países iberoamericanos. No obstante, insistimos, nada se hacía por cambiar el paradigma o el sistema de juzgamiento penal. Se trataba, a nuestro juicio, de superar los viejos, injustos y rancios institutos propios de un sistema inquisitivo que ideológica, histórica y filosóficamente contradicen la idea del debido proceso. El sistema actual de juzgamiento penal ha puesto al desnudo un rotundo fracaso. La mora judicial, la inseguridad jurídica, la impunidad, las penas sin condenas o anticipadas, la justicia penal selectiva, etc., han sido, entre otros, los cintillos que en la psiquis social se han enarbolado como argumentos centrales que se esgrimen cuando se trata de cuestionar el sistema. La credibilidad social respecto al tema de la justicia se encuentra en niveles de ‘descrédito’ y de ‘incertidumbre’³⁰¹.

Se destaca en particular el excesivo protagonismo que se le otorga al Ministerio Público en la legislación vigente. En efecto, el Ministerio Público, a quien se le encarga la realización de la instrucción o sumario, tiene grandes potestades coercitivas, que exceden la regulación internacional al respecto, por ejemplo se autoriza que el funcionario de instrucción, o sea el fiscal respectivo, pueda disponer medidas cautelares de restricción de la libertad personal, incluyéndose dentro de estas la detención preventiva del imputado, lo anterior de conformidad con el artículo 2126 del Código Judicial³⁰². Igualmente se permite que el funcionario de la instrucción pueda disponer allanamientos, de acuerdo al artículo 2178 del Código Judicial. Dentro del Derecho Comparado generalmente medidas coercitivas que implican una injerencia grave en derechos fundamentales requieren que sean dispuestas por el órgano jurisdiccional, a petición del Ministerio Público, lo que se estima que es una consecuencia del principio de proporcionalidad.

300 Muñoz Pope (2001, p. 18).

301 Comisión Codificadora de los Anteproyectos de Código Penal y Código de Procedimiento Penal o Punitivo (2006, p. 24).

302 Una crítica a esto en: Muñoz Pope (2001, p. 48).

Debe tenerse en cuenta que aunque se tiende a indicar en la legislación y se repite por la doctrina que el Ministerio Público es un sujeto imparcial u objetivo, lo que lleva a algunos a catalogarlo como un cuasi-juez, el rol que desempeña como titular el ejercicio de la acción penal, hace que sea imposible en la realidad que actúe con la imparcialidad que se exige a un juez, ya que es natural que se identifique con la hipótesis acusatoria y con los intereses de la víctima, enfrentándose con ello a los del imputado.

Sobre la problemática del gran poder que tiene el Ministerio Público ha dicho la Alianza Ciudadana Pro Justicia:

La imparcialidad se afecta en la medida en que el funcionario que investiga tenga facultades de juez, sin control. Las consecuencias de tal exceso se aprecian en el elevado número de privados de libertad a disposición de las agencias de instrucción y en consecuencia la poca aplicación de medidas cautelares personales como alternativa; el elevado número de allanamientos con resultados negativos (cuya cifra no se publica), las aprehensiones ‘sospechosas’ por agencias al servicio del Ministerio Público que se mantienen hasta 24 horas para que –con el pretexto de ‘investigación’, no se violente el término legal (estas cifras tampoco se publican)³⁰³.

Dentro de los artículos más problemáticos de la fase sumarial, por reflejar claramente caracteres inquisitivos, se encuentran los artículos 2089 y 2090. El primero de ellos indica:

Se recibirá inmediatamente indagatoria, sin exigir juramento y sin apremio, a quienes resulten vinculados como autores o partícipes del delito.

En todo caso, se indagará a los detenidos preventivamente o sometidos a cualquier otra medida cautelar, dentro de las veinticuatro horas siguientes al inicio de la aplicación de la medida. Si el imputado declarase contra otro, terminada la indagatoria se le recibirá declaración como testigo, previo juramento y lectura de la disposiciones sobre falso testimonio, respecto a los cargos formulados contra tercero.

Por su parte el artículo 2090 señala:

Terminado el interrogatorio de identificación, el funcionario de instrucción informará al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, que puede abstenerse de declarar y que tiene el derecho de nombrar defensor.

Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en acta suscrita por él. Si se rehusare a suscribirla, se consignará el motivo.

Si el imputado fuere una persona con discapacidad, esta diligencia se practicará dentro de las doce horas siguientes a su aprehensión o a la aplicación de la medida cautelar, con la asistencia o representación de un defensor, y del intérprete correspondiente si no pudiese entender o comunicarse normalmente.

303 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2004, p. 44).

No es admisible en un proceso acusatorio, que se le haga declarar al imputado sin que previamente se le haya indicado qué hecho es el que se le atribuye, unido a que ello ocurra sin que se haya designado previamente su defensor.

Por otro lado, se ha criticado, con razón, la falta de diferenciación entre el juez que participa en la etapa intermedia y el que interviene en el juicio oral y público, afectándose la imparcialidad³⁰⁴.

Se ha criticado también la función activa que se concede al juez del procedimiento intermedio, asumiendo funciones que no le corresponden, sino que son propias del órgano acusador, es decir del Ministerio Público. Es particularmente problemático el artículo 2203 del Código Judicial, que dice:

Cuando el juez considere que la investigación no estuviere completa, ordenará por una sola vez en la audiencia, la ampliación del sumario señalando concreta y claramente los puntos sobre los cuales debe versar.

La ampliación del sumario deberá cumplirse dentro de los quince días hábiles siguientes al recibo del expediente por el funcionario de instrucción, quien lo devolverá al tribunal una vez cumplida la ampliación.

Reingresado el expediente al tribunal, se fijará fecha de la audiencia preliminar dentro de los dos días siguientes y ésta deberá efectuarse dentro de los cuarenta y cinco días posteriores. La resolución que fija fecha de audiencia será notificada a las partes por lo menos con cinco días de anticipación a la celebración de la misma, aplicando el inciso segundo del artículo 2301 con respecto del defensor y del querellante si lo hubiere.

En cuanto a la fase de juicio las críticas que se han hecho son fundamentalmente con respecto al valor que tiene en el mismo el sumario instruido por el Ministerio Público. Se critica también el protagonismo que tiene el Tribunal al tener la facultad de ordenar prueba para mejor proveer, con lo se afecta el principio de imparcialidad³⁰⁵.

Otras críticas que se hacen es la regulación de la apelación en contra de la sentencia de primera instancia, que hace que en general se dicte la resolución por el tribunal que resuelve la apelación sin que tenga vigencia el principio de inmediación con respecto a él. A ello se une el carácter formalista del recurso de casación en contra de la sentencia de segunda ins-

304 En este sentido refiriéndose al anteproyecto de Código Procesal Penal de 1997 y a su actualización en 1999, señala Carlos Enrique Muñoz Pope: “*Por otra parte, la introducción en el Anteproyecto de nuevos jueces que deberán calificar el mérito de la etapa de investigación preparatoria plantea importantes innovaciones que deben destacarse, pues de esta forma el que decide el valor legal de la investigación del Ministerio Público no es quien decide la causa en primera instancia, con lo que se promueve la objetividad e imparcialidad del tribunal de la causa en primera instancia*”. Muñoz Pope (2001, p. 50).

305 Muñoz Pope (2001, p. 52).

tancia, que lleva al rechazo de gran parte de los recursos por aspectos meramente formales, que afectan el acceso a la justicia³⁰⁶.

Esto es especialmente problemático, debido a los lineamientos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 2 de julio de 2004, en el caso de Mauricio Herrera contra Costa Rica, que estableció que el derecho a recurrir la sentencia establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que el recurso que se prevea permita sin mayores formalismos la revisión integral de la sentencia³⁰⁷.

Uno de los aspectos fundamentales para garantizar el acceso a la justicia de los imputados, es la exigencia de defensa técnica en todos los casos, de modo que cuando el imputado no nombra un defensor particular se le debe nombrar un defensor de oficio.

De acuerdo al artículo 2013 del Código Judicial de Panamá:

Toda persona tiene derecho a nombrar un defensor desde el momento en que sea aprehendido o citado para que rinda indagatoria.

En caso de ausencia podrán conferir poder a nombre del investigado, preferentemente, las siguientes personas:

1. El cónyuge;
2. Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad;
3. Los parientes dentro del segundo grado de afinidad.

Se regula en dicho artículo el derecho a un defensor de confianza, que es uno de los derechos fundamentales de los imputados. Sin embargo, el regular el derecho a un defensor es insuficiente cuando se carecen de medios para hacerlo, por lo que una exigencia del Estado social es que se dote de abogado defensor a aquellos imputados que no pueden pagárselo.

La Defensoría Pública se ubica dentro del Órgano Judicial, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 413 del Código Judicial.

Con respecto al derecho a un defensor de oficio indica el artículo 2014 del Código Judicial:

Si el imputado manifiesta no poder nombrar defensor o si fuere menor de edad, se lo designará el funcionario de instrucción o el juez de la causa, según el caso y el nombramiento recaerá en el defensor de oficio. En caso de que no hubiese defensor de oficio o se encuentre impedido para actuar, la designación recaerá en uno de los abogados que ejerza en la localidad respectiva.

El defensor deberá prestar promesa de desempeñar fielmente el cargo. Se entiende que dicho defensor lo es también para el juicio, si el imputado o acusado no revoca

306 Sobre ello véase: Muñoz Pope (2001, p. 54).

307 Cf. Llobet Rodríguez (2007a, pp. 227-322); Llobet Rodríguez (2007b).

el mandamiento. En aquellos lugares en que no residan por lo menos cinco abogados registrados y en ejercicio, podrá asistir la defensa cualquier persona si el interesado así lo solicitare.

Debe resaltarse la importancia que tiene la Defensoría de Oficio dentro del proceso penal, ya que las personas que participan como imputadas en el mismo, en general pertenecen a estratos sociales que no pueden costearse el pago de un abogado particular. De hecho se dice que la mayor carga de los defensores de oficio en Panamá se encuentra en los juzgados del circuito penal, de modo que “De un total de 14.548 casos resueltos con intervención de un defensor, en el año 2005; la Defensoría de Oficio participó en 8.291; representando una carga del 57% de la totalidad de las defensas penales en esas instancias. El resto de las audiencias se realizaron con la participación de defensores particulares o mixtos”³⁰⁸

Con respecto a la Defensoría de Oficio en Panamá uno de los aspectos que debe mencionarse es el escaso número de defensores de oficio, lo que implica una gran sobrecarga de trabajo y que puedan desempeñar adecuadamente la defensa. A ello se suma que, como se dijo, las funciones de la Defensoría Pública trascienden la materia penal. Debe reconocerse, si embargo, que ha existido una tendencia hacia al aumento de la cantidad de defensores, aunque insuficiente.

Sobre la cantidad de defensores indica el Segundo Áudito Ciudadano de la Justicia Penal en Panamá, presentado por la Alianza Ciudadana Pro Justicia en 2007: “Hasta el 2002 con una población de 9643 detenidos, se contaba con treinta y ocho defensores (38) defensores de oficio y diez (10) abogados auxiliares”. Continúa diciendo: “Durante el 2004, funcionó con cuarenta nueve (49) defensores, y a partir del 2005 la cifra aumentó a sesenta y cuatro (64) defensores de oficio, a nivel nacional, distribuidos en los distintos distritos judiciales. Actualmente, el instituto cuenta con sesenta y siete (67) defensores a nivel nacional”³⁰⁹. Indica además: “En 2004 había cuarenta y nueve (49) defensores de oficio, es decir, 1.75 defensores por cada 100 mil habitantes. No obstante, en el 2005 hubo sesenta y cuatro (64) defensores de oficio, lo que equivale a 2.1 defensores por cada 100 mil habitantes”³¹⁰.

Dentro de los problemas que se han presentado con respecto a los defensores de oficio, es que son nombrados en un período avanzado de la investigación realizada por la fiscalía, cuando la misma ya había evaluado la mayoría de las evidencias y luego de que decidiera solicitar la realización del juicio oral, o bien la desestimación de los cargos³¹¹. Esto, se dice, provoca que el juicio en general se realice sobre la base de las evidencias presentadas por el fiscal³¹².

308 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 18).

309 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007), p. 14.

310 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007), p. 15.

311 Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá (2007, p. 15).

312 Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá (2007, p. 15).

Por otro lado, los problemas del acceso a la justicia de los imputados se reflejan en forma particular con respecto a la práctica y legislación relativa a la prisión preventiva, ya que existen altos porcentajes de presos preventivos.

Así en 2004 el 60.44% de los presos se encontraban bajo la categoría de presos sin condena. En 2005 el porcentaje era del 63.32% y en 2006 de 59.23%³¹³.

Se trata de porcentajes muy elevados, que reflejan un grave problema en la administración de justicia, posiblemente debido en parte a la gran extensión con que se prevé la posibilidad del dictado de la detención preventiva en el Código Judicial, unido a una práctica judicial proclive a dicho dictado. Igualmente estos porcentajes revelan que institutos como el recurso de hábeas corpus no han operado adecuadamente en tutela de los derechos de los detenidos preventivos.

La gran cantidad de presos preventivos, como se dijo, tiene gran relevancia con respecto al acceso a la justicia, en primer lugar porque revela que la prisión preventiva no está siendo dictada conforme a los principios de presunción de inocencia y de proporcionalidad, ni teniendo un carácter excepcional³¹⁴ y de corta duración, en contra de las previsiones del derecho internacional de los derechos humanos.

Por otro lado, como lo indica Enriqueta Davis Villalba el dictado de la prisión preventiva tiene una relación con el derecho de defensa, ya que el mismo resulta perjudicado cuando el imputado se encuentra en prisión preventiva.

Aunque algún sector de la doctrina ha llegado a considerar incompatible la detención preventiva con la presunción de inocencia³¹⁵, se ha admitido en general por la doctrina mayoritaria que ambas deben coexistir, como lo demuestra la regulación en la Convención Americana de Derechos Humanos de la presunción de inocencia y la posibilidad de privar al imputado de su libertad durante el proceso, exigiéndose eso sí la separación de los condenados y el derecho del detenido a ser juzgado en un plazo razonable.

También la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹⁶, lo mismo que otros instrumentos internacionales de derechos

313 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 115).

314 Señala Enriqueta Davis Villalba: “*Si bien la detención preventiva es la última de las medidas cautelares que debe aplicarse, es de todos conocido que es la primera que se dicta y de ello dan cuenta las estadísticas oficiales*”. Davis Villalba (2001, pp. 143-144).

315 Cf. Ferrajoli, 1990, pp. 566-572; Ferrajoli, 1995, pp. 555-561. La concepción de Ferrajoli fue respaldada en España por Elena Larrauri. Cf. Larrauri (1991, pp. 57-58)

316 La influencia de la presunción de inocencia en la ejecución de la prisión preventiva es admitida expresamente también por el PIDCP, que dice en su artículo 10 inciso 2 a): “*Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, ade-*

humanos, han hecho referencia a que la ejecución de la detención preventiva debe tener en cuenta la presunción de inocencia³¹⁷. Todo ello ha llevado a señalar que aunque la detención preventiva no es incompatible con la presunción de inocencia, la segunda tiene influencia con respecto a la regulación de la primera³¹⁸.

La influencia de la presunción de inocencia en la ejecución de la prisión preventiva es admitida expresamente por el PIDCP, que dice en su artículo 10 inciso 2 a): “Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas”.

En el mismo sentido la CADH en su artículo 5 inciso 4 dice: “Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas”.

Sobre ello en general sostiene la doctrina que la detención preventiva no puede constituir una pena anticipada³¹⁹.

A ello hizo mención la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Suárez Rosero, en sentencia del 12 de noviembre de 1997 (No. 77), en la que señaló que no es autorizado “*anticipar una pena a la sentencia*”. Por otro lado, se ha sostenido que la detención preventiva debe cumplir fines cautelares de carácter procesal y no fines propios de la pena, como serían la prevención general y la prevención especial, lo mismo que la retribución, cuando se admite la misma como un fin de la pena.

cuado a su condición de personas no condenadas”. En el mismo sentido la CADH en su artículo 5 inciso 4 dice: “*Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas*”.

317 Así las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos al regular lo relativo a las personas detenidas o en prisión preventiva en su numeral 84.2 indica que: “*El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia*”. Igualmente el Conjunto de Principios para la Protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, hace referencia a la presunción de inocencia. En este sentido el principio 36.1 dice: “*Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa*”. Además el principio 8 dice: “*Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenadas. En consecuencia, siempre que sea posible se las mantendrá separadas de las personas presas*”.

318 Sobre la presunción de inocencia y la detención preventiva: Llobet Rodríguez (1995); Llobet Rodríguez (1995a), pp. 547-571.

319 Cf. Maier (1981, pp. 30-31); Maier (2002, p. 522); Vélez Mariconde (1969, T. I, p. 325); Eser (1983, p. 160); Müller-Dietz (1984, p. 83); Veit (1971, p. 22); Zipf (1977, p. 121); Böing (1979, p. 380); Joachimski (1991, p. 53); Kastendieck (1965, pp. 64-66); Kühne (1993, p. 92); Neumann (1969, p. 3).

Acerca de la función procesal de la detención preventiva se pronunció la Corte Interamericana en el caso Suárez Rosero, resuelto por sentencia del 12 de noviembre de 1997:

77. Esta Corte estima que en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la detención preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...).

Si uno se atiene a lo indicado por dicha resolución solamente se encontrarían autorizadas las causales de peligro de fuga y de peligro de obstaculización. Como, se apreciará luego, ello no es conforme al Código Judicial.

Indica el artículo 2140 del Código Judicial:

Quando se proceda por delito que tenga señalada pena mínima de dos años de prisión y exista prueba que acredite el delito y la vinculación del imputado, a través de un medio probatorio que produzca certeza jurídica de ese acto y exista, además, posibilidad de fuga, desatención al proceso, peligro de destrucción de pruebas, o que pueda atentar contra la vida o salud de otra persona o contra sí mismo, se decretará su detención preventiva. Si el imputado fuere una persona con discapacidad, el funcionario, además, tomará las precauciones necesarias para salvaguardar su integridad personal.

Se regulan en dicho artículo varios requisitos materiales de la prisión preventiva:

- a) que exista prueba que acredite el delito y la vinculación del imputado, a través de un medio de probatorio que produzca certeza jurídica de ese acto
- b) que exista una causal de detención preventiva, regulándose como tales: b1. posibilidad de fuga y desatención del proceso, b2. peligro de destrucción de pruebas, b3. peligro de que pueda atentar contra la vida de otra persona y b4. peligro de que pueda atentar contra sí mismo y
- c) respeto al principio de proporcionalidad, que se expresa a través de la exigencia de una pena mínima de dos años de prisión.

Con respecto a la causal de posibilidad de fuga y desatención del proceso, debe afirmarse que se trata de una causal clásica de la detención preventiva, igualmente se afirma como clásica el peligro de destrucción de pruebas. Ambas causales se estima que tienen una naturaleza procesal, asociada a los fines del proceso y por consiguiente han llegado a ser admitidas como legítimas en el derecho comparado y en los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

El peligro de que el imputado pueda atentar contra sí mismo es discutible como causal de detención preventiva. Podría tratar de justificarse con el peligro de fuga como causal, en cuanto a que en definitiva si el imputado se llega a suicidar, se impediría la realización del juicio oral y el dictado de la sentencia correspondiente.

Para el dictado de la detención preventiva se requiere que se respete el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, llamado también principio de prohibición del exceso, exige que en el caso concreto se lleve a cabo un balance de intereses para determinar si el sacrificio de los intereses individuales que representa la medida guarda una relación proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar³²⁰. Por ello no se debe dictar la misma en asuntos de poca relevancia. En ese sentido es que se dispone que la detención preventiva no se deba ordenar cuando la pena mínima no sea mayor de dos años. Igualmente se dispone en el artículo 1129 del Código Judicial que:

(...) Cada medida será proporcionada a la naturaleza del hecho y a la sanción que se estime podría ser impuesta al imputado (...).

Uno de los aspectos que se ha criticado de la legislación panameña es que no se establece un máximo de duración de la detención preventiva, como es la tendencia dentro del derecho comparado. Solamente se dispone como expresión del principio de proporcionalidad en el artículo 2141:

La detención preventiva será revocada por el juez sin más trámites, de oficio o a petición de parte, cuando se exceda el mínimo de la pena que señala la ley por el delito que se le imputa, de conformidad con las constancias procesales. En estos casos, la detención preventiva será sustituida por otra medida cautelar personal de las señaladas en el artículo 2127 del Código Judicial.

Las resoluciones que dicte el Órgano Judicial con el objeto de cumplir lo dispuesto en este artículo, no admitirán recurso alguno.

Se trata ésta de una disposición insuficiente, que debería ser completada con un límite máximo de duración de la detención preventiva, cuya exigencia deriva del principio de proporcionalidad.

Como alternativa a la detención preventiva, se regula la fianza personal o real, al respecto señala el artículo 2155 del Código Judicial:

Todo sindicado o imputado podrá prestar fianza de cárcel segura, bien para no ser detenido, o bien después de serlo, para obtener su libertad durante el proceso, salvo aquellos casos que no admiten excarcelación, según este Código.

320 Cf. Denzel (1969, pp. 33-114); González-Cuéllar Serrano (1990, pp. 225-282); Schütz (1969, pp. 45-65).

La excarcelación se concederá a solicitud del imputado, de un abogado o de cualquier otra persona, en cualquier estado en que se encuentre el proceso y deberá ser resuelta sin ningún trámite, en un término no mayor de veinticuatro horas.

Se regulan, en el Código Judicial una serie de delitos no excarcelables, los que han sido criticados por la doctrina latinoamericana, como un quebranto a la presunción de inocencia. Se le asigna así a la detención preventiva una función importante en el combate de la criminalidad y en la prevención de la delincuencia, convirtiéndola con ello en una pena anticipada. Dispone así el artículo 2173:

No podrán ser excarcelados bajo fianza:

1. Los imputados por delito que la ley penal sanciona con pena mínima de cinco años de prisión;
2. Los delitos de secuestro, extorsión, violación carnal, robo, hurto con penetración o fractura, piratería y delitos contra la seguridad colectiva que impliquen peligro común, posesión, tráfico, cultivo, elaboración o incitación al cultivo de drogas, reincidencia en la posesión y uso de marihuana o canyac;
3. Peculado, cuando exceda de diez mil balboas (B/.10,000.00);
4. Los delincuentes reincidentes, habituales o profesionales;
5. Los delitos contra la libertad individual, cometidos con torturas, castigo infamante o vejaciones; y
6. Los que aparezcan imputados por delitos a los que este Código o leyes especiales nieguen expresamente este derecho.

Es importante tener en cuenta que la doctrina latinoamericana en general se ha pronunciado en contra de los delitos no excarcelables, considerando que los mismos suponen un quebranto a la presunción de inocencia, al no perseguirse una finalidad procesal.

Sin embargo, en Panamá esa posición no ha sido aceptada por la Corte Suprema. Sobre ello dice Aura Guerra de Villalaz: “Tenemos (...) el artículo 2181 del Código Judicial, que señala los delitos que no podrán ser excarcelables bajo fianza, y respecto del cual la Corte Suprema manifestó, en sentencia de 30 de diciembre de 1993, que es inconstitucional, pues las limitaciones a la libertad en él previstas van precisamente en beneficio del interés general, como lo exige el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos”³²¹.

Ejercicios de evaluación:

Casos para resolver

Caso 1. Armando y Juan, policías, detienen a Rigoberto. Engañándolo sobre la contundencia de la prueba que existe en su contra logran que confiese y que les indique donde es-

321 Guerra de Villalaz (2000, p. 687).

condió el arma de fuego con la que habría dado muerte a José. El arma es localizada y se llega a determinar que es el arma que se utilizó en el homicidio de José. Armando y Juan declaran en el juicio oral lo que Rigoberto les confesó. ¿Puede utilizarse las declaraciones de Armando y Juan, lo mismo que el decomiso del arma, para el dictado de una sentencia condenatoria en contra de Rigoberto?

Caso 2. Célimo está en detención preventiva. La policía quiere obtener prueba en contra de él, porque considera que la prueba que existe en su contra no es suficientemente fuerte. Introduce dentro de la celda de Célimo a José, quien realmente es un policía, pero le hace ver a Célimo que está preso por un delito de homicidio, el que le confiesa a Célimo. Célimo entra en confianza y le confiesa a José haber cometido también un homicidio. Para el juicio oral se pretende luego que José declare en contra de Célimo y cuente lo que le dijo éste en la celda. ¿Puede utilizarse el testimonio de José?

Caso 3. A Roberto se le atribuye un delito de narcotráfico. La prueba en contra de él no incriminatoria no es superior en peso a la prueba favorable a él. El Ministerio Público, sin embargo, ordena la detención preventiva con la argumentación de que se le atribuye un delito de narcotráfico. Usted es el defensor de Roberto. ¿Cómo puede impugnar la detención de Roberto? ¿Qué argumentos por el fondo podría dar para que sea liberado?

Caso 4. A Juan se le atribuye un delito de robo. Existe prueba suficiente en su contra. Tiene domicilio fijo, un trabajo estable, esposa y dos hijos. ¿Usted debe resolver si procede el dictado de la detención preventiva? ¿Qué resolvería?

Caso 5. A María se le atribuye un delito de homicidio en contra de su esposo. El Ministerio Público le solicita que se someta al detector de mentiras, a lo que accede María. El resultado del detector de mentiras es desfavorable para María. El Ministerio Público pretende en el juicio oral tomar en cuenta la prueba en contra de María. ¿Considera usted que esa prueba es admisible?

Caso 6. Igual que el anterior, pero el resultado del detector de mentiras es favorable para María. Esta pide que se utilice en el juicio oral. ¿Considera usted que esa prueba es admisible?

3. Acceso a la justicia de las personas condenadas a una pena privativa de libertad

A la persona que es condenada, incluso por crímenes de gran gravedad y que hayan producido una gran perturbación social, por ejemplo por homicidios, delitos sexuales o actos de terrorismo, debe ser respetada en su condición humana, ésto debe reflejarse en las condiciones en que cumple su sanción, lo que tiene especial importancia cuando la misma es privativa de libertad.

De gran importancia es el postulado establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que ordena que se dote de un contenido resocializador a la ejecución de la pena.

Sobre ello debe citarse lo que dice Rotman en el sentido de que “muchos de los bien intencionados críticos de la resocialización no logran distinguir sus dos formas básicas: una autoritaria, cuyo objetivo es forzar al acatamiento normativo y la adaptación institucional, y la otra, humanísticas, que ofrece diálogo no coactivo y oportunidades”³²².

Es claro que a pesar del escepticismo a la resocialización a través de la pena privativa de libertad, un Estado social de derecho no puede dejar de ofrecerles a los presos la posibilidad de aceptar capacitación educacional y profesional, lo mismo que tratamiento psicológico³²³.

Igualmente debe tratarse de evitarse el ocio de los presos, ofreciéndoles posibilidades de trabajo, tratando con todo ello de evitar mayores efectos criminógenos de la pena de prisión³²⁴, por otra parte es menester garantizar condiciones de salubridad en las prisiones.

Sobre el grado de hacinamiento según datos del 31 de julio de 2006 la capacidad total instalada en las prisiones era para 7,332 detenidos, pero existían 11,809 personas detenidas³²⁵.

En cuanto al presupuesto asignado por el Estado a la Dirección General del Sistema Penitenciario, se dice que “es deficitario, lo que contrasta con la sobrepoblación penitenciaria. La mayor gravedad en las partidas asignadas se constata en la atención a la salud de los detenidos. Igualmente, se advierte la ausencia de partidas destinadas a invertir en el mejoramiento y modernización de las estructuras de los centros penales, como en el sistema de resocialización de los internos”. Se agrega: “Los problemas persistentes de hacinamiento, falta de información estadística confiable sobre los privados de libertad, incremento de los presos sin condena, carencia de programas de rehabilitación, bajo asignación presupuestaria para hacer

322 Rotman (1998).

323 El Tribunal Constitucional Federal alemán ha indicado que el hecho de que la ejecución de la prisión debe conformarse de modo que cumpla una función resocializadora deriva del principio de Estado Social. Cf. BVerfGE, 35, 202 (236).

324 Dice Zaffaroni: “*La opción entre el discurso del tratamiento resocializador y el modelo de cárcel retributiva, esto es de mera seguridad y militarizada al estilo fortaleza, es palmariamente falsa. Esos términos, que los recientes movimientos reaccionarios y reprivatizantes, generalmente con discursos que en el fondo postulan la violencia y justifican la violación de los más elementales principios de la dignidad humana, pretenden presentar como únicos, en modo alguno agotan los modelos posibles, porque sería absurdo pretender que, ya que la cárcel no resocializa sino que deteriora, el único camino que resta es la profundización del efecto deteriorante y reproductor mediante el fortalecimiento del modelo de mera seguridad. No es posible prescindir de la ingestión de sal, pero parece que la sal produce efectos negativos para la circulación; nadie supone que la solución sea consumir más sal*”. Zaffaroni (1991, p. 50).

325 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 107).

frente a los derechos fundamentales de los detenidos, entre otros aspectos relevantes; parece arrojar que la modernización del sistema penitenciario no se ha logrado³²⁶.

Se agrega:

En agosto de 2003, según informa la Defensoría del Pueblo, el 91.5% de los detenidos no recibe capacitación, mientras que solo el 8.5% asiste a algún curso o programa de capacitación. No obstante, cabe señalar, que dentro de los centros penitenciarios se realizan diferentes actividades laborales con la participación de los internos. Algunas labores son remuneradas y otras voluntarias. El 2.6% recibe remuneración; el 14.1% realiza labores de manera voluntaria; y por último; el 0.2% realiza trabajos obligatorios, mientras que el 16.7% realiza ningún tipo de trabajo³²⁷.

En cuanto a la defensa de oficio de los condenados se ha llegado a garantizar la misma³²⁸, lo que no ocurría en un pasado.

Las dificultades para la garantía de los derechos de los privados de libertad quedaron reflejadas cuando a pesar una recomendación realizada en 2004 por el Defensor del Pueblo para que el gobierno comenzara a cerrar la prisión de la Chorrera debido al hacinamiento y las condiciones insalubres, ésta permaneció abierta³²⁹.

Con respecto a los problemas de salud de los privados de libertad ha dicho la Alianza Ciudadana Pro Justicia:

Uno de los aspectos más delicados en la población interna, lo es la salud. Al existir condiciones de hacinamiento, resulta difícil mantener niveles de salud adecuados. Según la Defensoría del Pueblo, el 17% padece de algún tipo de enfermedad, el 6.3% tiene problemas pulmonares, el 4% padece de hipertensión, el 3.1% de problemas intestinales y el 2.3% de problemas cardíacos. Resulta relevante señalar que el 73.5% de la población censada en agosto de 2003, dijo no haber recibido atención médica durante el tiempo en que han estado detenidos.

Por otro lado se ha criticado diversos abusos que han sido cometidos por guardas de las prisiones en contra de los detenidos, resultando que algunas de las denuncias han dado lugar a sanciones administrativas o procedimientos judiciales. En este sentido el informe de 2006 dado por la Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá sobre la situación de los

326 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 128).

327 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 128).

328 Según información dada por Edwin Torres en correo electrónico del 17 de enero de 2008.

329 Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá. Informe Anual sobre Prácticas de Derechos Humanos en 2006 en Panamá, pp. 5-6.

derechos humanos dice: “El abuso por guardas de las prisiones, tanto de la PNP como civiles, fue un problema recurrente. Entre enero y noviembre los oficiales policiales recibieron e investigaron ocho casos de presuntos abusos por guardas de las prisiones. Las investigaciones de la DRP dieron como resultado sanciones administrativas contra 15 agentes. Hasta diciembre, el Ministerio Público estaba considerando el enjuiciamiento de dos agentes superiores por supuestos abusos”³³⁰.

La gran cantidad de presos por cien mil habitantes que tiene Panamá, lo mismo que las condiciones de hacinamiento de las prisiones revelan un grave problema de acceso a la justicia, ya que no ha sido posible realizar acciones suficientes para combatir esas situaciones.

Ejercicios de evaluación

1. Analice el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, y destaque los artículos que se refieren a la protección de los derechos de los condenados.
2. Busque las recomendaciones que hizo la Defensoría del Pueblo de Panamá en el año 2004 en relación a la protección de los derechos de los condenados.

Casos para resolver

1. En el Centro Penal en que está José hay un gran hacinamiento. Las condiciones de salud se han deteriorado tremendamente, pero cada día aumenta la cantidad de privados de libertad en el Centro. Ello también ha producido un aumento de la violencia carcelaria. José le consulta a usted, quien es abogado, para que presente un reclamo administrativo o judicial que evite que sigan enviando presos al centro y que mejore las condiciones en el mismo. ¿Qué le diría usted? ¿Existe alguna vía en la que pueda presentarse el reclamo? ¿Consideraría que tal reclamo podría prosperar?
2. Luis es sancionado disciplinariamente en un Centro Penal, debido a que se encuentra entre los sospechosos de haber herido a otro preso, el que se niega a hablar sobre dicha lesión. Luis considera que la sanción es arbitraria, ya que él no fue quien causó la lesión y que se está presumiendo su culpabilidad. Le consulta a usted, que es abogado, cómo podría impugnar la sanción. Qué le diría usted? ¿Existe alguna vía en la que pueda presentarse el reclamo? ¿Consideraría que tal reclamo podría prosperar?

330 Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá. Informe Anual sobre Prácticas de Derechos Humanos en 2006 en Panamá, pp. 5-6.

4. Acceso a la justicia de las víctimas de delitos

En el derecho comparado, especialmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado, se ha producido un renacimiento en el interés en la víctima, lo que ha tenido consecuencias en materia procesal penal.

Se criticaba al respecto que se había producido una neutralización de la víctima en el proceso penal, la que había sido reducida al papel de denunciante, testigo y actor civil, neutralización que no correspondía a la importancia de la colaboración de la víctima para el inicio del proceso y la posterior investigación, puesto que criminológicamente se ha comprobado que la casi totalidad de los delitos son investigados como consecuencia de la denuncia de la víctima y además la colaboración de ésta tiene gran importancia para el Ministerio Público para la localización y declaración de los testigos del hecho.

Como consecuencia del renacido interés en la víctima dentro del Derecho Procesal Penal, se ha llegado dentro del derecho comparado a:

- 1) El fortalecimiento del derecho de información de la víctima;
- 2) La protección frente a la segunda victimización (declaración en audiencia privada, declaración en ausencia del imputado o por video, derecho de hacerse acompañar por un abogado);
- 3) Concesión de derechos de control del ejercicio de la acción penal pública (querellante adhesivo: procedimiento para forzar la acción, querellante conjunto, derecho a recurrir, derecho de participación de las asociaciones de protección de intereses difusos);
- 4) Protección de testigos frente a amenazas y agresiones físicas (prisión preventiva por peligro de obstaculización o de reiteración, programas de protección de testigos);
- 5) Programas de asistencia a víctimas;
- 6) Indemnización estatal en delitos de carácter violento;
- 7) Búsqueda de la reparación, aún con prioridad sobre la pena;
- 8) Fomento de la conciliación víctima-autor.

Este movimiento tuvo eco en la reforma procesal penal latinoamericana³³¹.

Por su parte Panamá aprobó el 18 de mayo de 1998 la Ley 31 sobre “Protección de Víctimas del delito”.

331 Sobre ello: Bertolino, Pedro (Coordinador) (2003). Con respecto a Centroamérica: Llobet Rodríguez (2003), pp. 345-375.

La misma, en su artículo 2, le da derecho a la víctima de intervenir como querellante y como actora civil, dándole también derechos de audiencia por el mero hecho de ser víctima, por ejemplo debe ser oída por el juez con respecto a la solicitud de archivo del expediente presentada por el Ministerio Público, la suspensión condicional del proceso penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el reemplazo de penas cortas de privación de libertad a favor del sancionado.

Igualmente debe ser oída por el órgano Ejecutivo, cuando éste deba decidir sobre la rebaja de pena o sobre la concesión de la libertad condicional a favor del sancionado.

También se le otorga derechos de información, por ejemplo de respecto al curso del proceso penal respectivo, en particular si éste ha sido archivado, si puede ser reabierto y si es viable el ejercicio de la acción civil derivada del delito, independientemente de que intervenga como querellante.

Se establece también en la ley el derecho a recibir atención médica de urgencia. Por otro lado, se regula el derecho a la protección de las autoridades públicas, por actos que atenten contra su integridad personal y la de su familia, en razón de la cooperación que brinden en cumplimiento de la ley. Para lo anterior se dispone que su seguridad debe ser considerada cuando el juez o el funcionario de instrucción debe decidir o fijar la cuantía de una fianza de excarcelación, u otorgar la concesión de una medida cautelar sustitutiva de la detención preventiva a favor del imputado.

En el artículo 29 de la Ley se dispone que en la Corte Suprema de Justicia funcione el Departamento de Asesoría Legal Gratuita para las Víctimas del delito, constituido por los abogados que designe la Sala Cuarta de Negocios Generales para que actúen en defensa de los derechos de las víctimas de delitos.

El Departamento de Asesoría Legal Gratuita para las Víctimas del delito del Órgano Judicial está ubicado en la ciudad de Panamá, aunque tiene cobertura también en Colón y Darién³³². Brinda servicios de orientación, asesoría y representación legal a personas cuyos ingresos sean menores a B/400,00 mensuales. Las víctimas son representadas legalmente en los casos que se atienden en juzgados municipales y de circuito, especialmente en los delitos de homicidio. Para la atención se necesita que sean remitidas por los juzgados y/o fiscales, ya sea de manera verbal o mediante oficio³³³. De acuerdo con las estadísticas los delitos que más atiende son los de homicidio, seguido de delitos de violencia doméstica y de maltrato al menor³³⁴.

332 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 6).

333 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 8).

334 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 6).

En el artículo 30 de la Ley se establece que el Estado podrá proveer de asistencia médica y económica inmediata, de manera parcial o total o en forma supletoria, a la víctima de lesiones corporales con menoscabo de su salud física y mental, derivadas de delitos graves o cuando la persona a cargo de la víctima haya muerto, o cuando la víctima haya quedado física o mentalmente incapacitada por causa del delito.

Aún antes de la aprobación de dicha ley, mediante resolución No. 10 de 22 de agosto de 1996, se creó el Centro de Asistencia a Víctimas (CAV), como parte del Centro de Recepción de Denuncias, localizado en las Instalaciones de la Policía Técnica Judicial (PTJ) de Ancón. Esto se hizo sin necesidad de que existiera una normativa legal que obligara a la Procuraduría General de la Nación o a la Policía Técnica Judicial, a realizar acciones destinadas a la protección y atención de las víctimas³³⁵.

El Centro de Asistencia a Víctimas de la Procuraduría General de la Nación está bajo la supervisión y dirección de la Fiscalía Auxiliar de la República, siendo dirigido por un Delegado del Fiscal Auxiliar. Tiene tres oficinas auxiliares: Santiago, Los Santos y David-Chiriquí³³⁶.

Este Centro “ofrece apoyo psicológico; asistencia y orientación para que se respete la dignidad de las víctimas, se reconozca sus derechos y se tenga acceso a la información sobre el estado de su proceso penal”³³⁷. Atiende

(...) a las víctimas cada vez que lo necesitan e incorpora en una sola instalación, la recepción de la denuncia y la asistencia multidisciplinaria de las víctimas; brindando asistencia legal, asistencia psicológica, asistencia social y atención médico forense, además de la concertación social. La atención social se refiere a las visitas que se realizan con la participación de una trabajadora social, cuando se reciben denuncias relativas a violencia doméstica y maltrato del menor, con el propósito de evaluar la situación en que se encuentra la familia. Por su parte, la atención médica está a cargo del Instituto de Medicina Legal³³⁸.

Por otra parte, el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES) lleva a cabo actividades de atención legal y psicológica, especialmente en los casos de violencia doméstica, así como la promoción de valores y prevención de riesgos sociales³³⁹.

335 <http://www.ministeriopublico.gob.pa/juridico22.html>.

336 <http://www.ministeriopublico.gob.pa/juridico22.html>.

337 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 8).

338 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 8).

339 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 11).

Con relación a las víctimas se dice que son pocas las organizaciones privadas que prestan el servicio de auxilio a las víctimas. Entre las mismas están: “(...) la Fundación Pro Víctimas del Crimen, el Centro de Apoyo a la Mujer Maltratada (CAMM), el Centro de la Mujer Panameña (CEMP), el Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer CEDEM) y la Fundación para la Promoción de la Mujer (FUNDAMJER). Esta última cerró operaciones en diciembre de 2006”. Se agrega: “Estas organizaciones se dedican básicamente a la orientación jurídica, asistencia psicológica y espiritual de las víctimas, y a la capacitación para la prevención de la violencia doméstica”³⁴⁰.

A pesar de la existencia de diversas organizaciones públicas y privadas que se dedican a la atención de las víctimas, el balance sobre la labor realizada por las mismas se estima como insuficiente.³⁴¹

Ejercicios de evaluación

1. Describa como funciona el Departamento de Asesoría Legal Gratuita para las Víctimas situado en la Corte Suprema de Justicia, Indique sus principales funciones, y la cantidad de casos que atiende.

5. Acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar

Existen diversos instrumentos internacionales tanto del ámbito de Naciones Unidas como de la Organización de Estado Americanos que se refiere a la protección de los derechos de las mujeres.

En especial se destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de

340 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 14).

341 En este sentido el *Áudito Ciudadano de la Justicia Penal en Panamá*, realizado por la Alianza Ciudadana Pro Justicia en 2007, dijo: “*El Estado no ha abordado adecuadamente el tema de los derechos de las víctimas, debido a los limitados recursos asignados al cumplimiento de esta responsabilidad y a la manera aislada en que actúan las instituciones. A esto se añade el que la sociedad civil cuenta con un escaso número de organizaciones no gubernamentales activas de ayuda a las víctimas. Todo lo anterior impide que se garantice real y efectivamente la defensa de los derechos de las víctimas*” Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 125).

garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Sobre el acceso a la justicia la CEDAW establece

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.
2. Los Estado Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad.
En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.
3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.
4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio.

Por otra parte y sobre la violencia intrafamiliar, se constató de acuerdo con datos del Ministerio de Desarrollo Social que entre 2000 y 2005 fueron asesinadas 171 mujeres. 14 de ellas en el año 2006 y 33 en el año 2007. Se señala que 1012 de los 1,268 casos de violencia doméstica atendidos de enero a octubre de 2006 por el COAI, en su mayoría son mujeres víctimas de violencia física (golpes). Por otra parte, 46 mujeres y sus familias han sido albergadas en el centro de mujeres maltratadas en el 2007^{342, 343}.

Con respecto al asesoramiento jurídico y la atención de las personas víctimas de violencia doméstica en Panamá, tiene aplicación lo indicado con anterioridad en relación a las víctimas de delitos. Debe recordarse además lo indicado en cuanto a las actividades de atención legal y psicológica en casos de violencia doméstica brindadas por el Ministerio de Desarrollo Social (MIDES).

342 Sobre el problema de la violencia intrafamiliar en indica Mariestela Staff Wilson: “*En Panamá, constituye un problema social que se agrava cada día y aunque no existen estadísticas reales, baste mencionar que de enero a diciembre del año 2000 fueron asesinadas 30 mujeres por parte de los esposos o compañeros que decían amarlas; en tanto que el 28.8% de los delitos que se investigan en las fiscalías de la ciudad de Panamá, corresponden a violencia doméstica y más de 1500 denuncias de violencia contra mujeres se tramitaron en la Policía Técnica Judicial*” Staff Wilson, http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_51a.htm

343 Ministerio de Desarrollo >Social, http://www.mides.gob.pa/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=43&Itemid=91&limit=1&limitstart=1

Además ya se indicó que los Consultorios Jurídicos de la Universidad de Panamá brindan asesoría jurídica a través de los Consultorios Jurídicos, los que atienden en un porcentaje muy grande asuntos de familia. Por otro lado, debe resaltarse el Centro de Apoyo a la Mujer Maltratada, que brinda el servicio de Consultorios Jurídicos³⁴⁴, el Centro de la Mujer Panameña (CEMP) y el Centro de Estudios para el Desarrollo de la Mujer (CEDEM).

Con respecto a los problemas que se presentan en Panamá en general en cuanto a la discriminación de las mujeres señaló el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26º período (extraordinario) de sesiones (13 a 31 de agosto de 2001), al examinar el segundo informe periódico de Panamá (E/1990/6/Add.24):

El Comité pide al Estado Parte que en su tercer informe periódico facilite información detallada sobre las políticas, los programas y las medidas que adopte el Gobierno para contribuir a dar cumplimiento a la legislación sobre la igualdad entre hombres y mujeres.

En relación con la Ley N° 30 de 2001, el Comité recomienda firmemente al Estado Parte que adopte medidas eficaces para divulgar y cumplir decididamente la legislación en vigor sobre la violencia en el hogar, que se capacite mejor a la policía y a otros agentes del orden público con este objeto y que en el tercer informe periódico se facilite información sobre el número y los resultados de las causas judiciales relacionadas con la violencia en el hogar.

En las observaciones de dicho Comité, en el 19º. Período de sesiones del 22 de junio al 10 de julio de 1998, examinó los informes periódicos segundo y tercero de Panamá (CEDAW/C/PAN/2-3) y aprobó las observaciones finales siguientes.

El Comité recomienda que se revise toda la legislación a fin de que en ella se disponga expresamente la eliminación de la discriminación contra la mujer.

El Comité recomienda que el mecanismo nacional inicie una campaña que garantice la igualdad de tratamiento en el lugar de trabajo. Recomienda también que se aplique enérgicamente la legislación relativa a la licencia de maternidad y para la lactancia a fin de garantizar la protección debida de la mujer.

El Comité recomienda con carácter urgente al Gobierno de Panamá que inicie una campaña intensa de educación con el fin de velar por que todas las muchachas y mujeres panameñas completen su instrucción y reducir marcadamente el número de niñas adolescentes que abandonen la escuela antes de terminar para dedicarse al trabajo no especializado o para contraer matrimonio.

El Comité recomienda que se tomen medidas multidisciplinarias para garantizar una atención especial a las víctimas de la violencia sexual, medidas que deben ser comprender la atención legal y psicológica de la víctima. Asimismo, recomienda que se

344 Alianza Ciudadana Pro Justicia (2007, p. 22).

conceda la oportunidad a las mujeres panameñas que resulten embarazadas al ser violadas de poner fin a su embarazo³⁴⁵.

Se señala en estos informes la necesidad de divulgar la legislación en contra de la violencia intrafamiliar, lo mismo que de una adecuada atención a las víctimas.

Cuando se hace referencia al acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia doméstica se impone, por un lado la necesidad de la **prevención de la violencia doméstica, pero por otro, es necesario la sanción, de las situaciones de violencia doméstica.**

El Código Penal de 1982 no contempló como delito la violencia doméstica. Fue con la Ley No. 27 de 16 de junio de 1995 que se tipificó como delito tanto la violencia intrafamiliar como el maltrato de menores³⁴⁶.

Con la misma se trató de cumplir con los compromisos adquiridos por Panamá al ratificar la Convención de Belem Do Pará de 1994, por Ley No. 12 de 20 de abril de 1995.

De hecho Panamá fue uno de los países que primero ratificó dicha Convención. Posteriormente ley 27 de 1995 fue derogada por la Ley 38 de 10 de julio de 2001.

En el artículo primero de la misma se indica que la ley tiene como objetivo proteger de las diversas manifestaciones de violencia doméstica y del maltrato al niño, niña y adolescente.

En el artículo 4 de la Ley se regulan una serie de medidas protectoras, que pueden ser dispuestas, conforme al artículo 7, por los funcionarios de la 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. Las medidas protectoras son medidas preventivas, con las que se persigue evitar que la violencia intrafamiliar o el maltrato infantil se mantengan.

Entre las medidas de protección se contempla:

- a) el arresto provisional del agresor o la agresora, por un término que no sobrepase las veinticuatro horas;
- b) la orden al presunto agresor o agresora que desaloje la casa de habitación que comparte con la víctima sobreviviente, independientemente de quien sea el propietario de la vivienda;

345 Con respecto a las observaciones del Comité sobre Panamá: Rueda Castañón, Carmen Rosa/Villán Durán, Carlos/Faleh Pérez Carmelo (pp. 273-278.

346 Así: Muñoz Pope (2002, p. 220).

- c) el allanamiento con la finalidad de rescatar o socorrer inmediatamente a la presunta víctima sobreviviente del hecho de violencia;
- d) la autorización a la víctima que solicite radicarse provisionalmente en un domicilio diferente del común, para protegerla de agresiones futuras;
- e) la prohibición de que se introduzcan armas al domicilio común, permitiéndose la incautación de las mismas a fin de garantizar que no se utilicen para intimidar, amenazar ni causar daño;
- f) la prohibición del presunto agresor o la presunta agresora de acercarse al domicilio común; prohibir al presunto agresor o la presunta agresora acercarse al domicilio común o a aquél donde se encuentra la víctima sobreviviente, además del lugar de trabajo, estudio u otro habitualmente frecuentado por ésta;
- e) la reintegración al domicilio común a la persona agredida que haya tenido que salir de él, si así lo solicita, en cuyo caso debe ordenarse el arresto provisional del agresor o la agresora;
- f) la suspensión al presunto agresor o a la presunta agresora de la guarda y crianza de sus hijos o hijas menores de edad, atendiendo a la gravedad de los hechos de violencia y/o al daño o peligro directo o indirecto a que estuvieran sometidos los menores de edad;
- g) la suspensión de la reglamentación de visitas al presunto agresor o la presunta agresora, atendiendo a la gravedad de los hechos de violencia y/o al daño o peligro directo o indirecto al que estuvieran sometidos los menores de edad;
- h) el oficio de notas a las autoridades de migración y embarque, en las cuales se ordena el impedimento de salida del país a los hijos o hijas menores de edad de las partes; y
- i) el levantamiento de un inventario de bienes del núcleo habitacional, para asegurar el patrimonio común.

La Ley 38 de 2001 modificó los delitos de violencia doméstica y maltrato al niño, al reformar el Código Penal. Por otro lado, una nueva tipificación del delito de violencia doméstica fue introducida por la Ley No. 14 de 18 de mayo de 2007, que adoptó un nuevo Código Penal.

Se contempló en primer lugar en el artículo 131 inciso 2) como calificación del homicidio, el que fuera cometido como consecuencia de un acto de violencia doméstica, previéndose una pena de veinte a treinta años de prisión. Por otro lado, el artículo 196 reguló el delito de violencia doméstica, en la que se comprende no solamente la agresión física y emocional, sino también la patrimonial.

Existen una serie de obstáculos que hacen que las mujeres no presenten reclamos administrativos o judiciales ante situaciones de violencia doméstica, o bien que posteriormente no continúen con dichos reclamos. Sobre ello señala Enriqueta Davis Villalta:

Si bien el acceso de la mujer maltratada a la justicia, forma parte de la agenda de organismos gubernamentales y no gubernamentales de promoción de los derechos de la mujer, se puede afirmar que una gran cantidad de mujeres, objeto de violencia doméstica no interponen denuncias. Entre las razones de este comportamiento se ubican las económicas – sobre todo en el caso de las mujeres de bajos recursos – pues, ¿quién mantendrá el hogar si el marido está preso? – ideológicas las concepciones androcéntricas en las mujeres – de temor al victimario, etc.³⁴⁷, ³⁴⁸.

Desde la perspectiva de la prevención de la violencia doméstica lo más importante es el cambio de paradigma sobre la concepción tradicional que se ha tenido con respecto a la mujer, promoviéndose la igualdad de derechos, que lleve a la superación de la cultura patriarcal.

Sobre ello se indica en el artículo 23 de la Ley 38 de 2001 que el Ministerio de Gobierno y Justicia, junto con el Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Adolescencia, coordinará, promoverá, desarrollará y supervisará programas de divulgación, a través de los medios de comunicación social, destinados a prevenir y erradicar la violencia, además promoverá programas para la divulgación de la ley.

Con relación a la educación debe resaltarse además lo dispuesto en el artículo 28, que dice que el Ministerio de Educación deberá incorporar contenidos orientados a promover valores basados en los principios de la tolerancia, del respeto por las diferencias y la diversidad, así como de igualdad y equidad de género en los planes y programas de estudio de todos los niveles. Se dice además que fomentará programas dirigidos a la resolución pacífica de conflictos, a fin de prevenir la violencia doméstica y el maltrato al niño, niña y adolescente.

Es importante decir que una de las dificultades para el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la violencia intrafamiliar es el desconocimiento de sus derechos. Así en un estu-

347 Davis Villalta (2001, p. 148).

348 En este sentido en una investigación sobre la violencia intrafamiliar en Latinoamérica se ha dicho que “*una de las características principales de la violencia intrafamiliar es su invisibilidad y el amplio sub-registro de los casos en las instituciones públicas contribuye a su invisibilización. Por ejemplo, según estimaciones recientes solo son denunciados un 2% de los casos de abuso sexual infantil dentro de la familia, un 6% de los de abuso sexual fuera de la familia, y entre un 5% y un 8% de los casos de abuso sexual contra adultos. Según estudios realizados en América Latina, en el caso de violencia intrafamiliar contra mujeres adultas, se estima que únicamente son denunciados entre un 15% y un 20% de estos incidentes*”. Sobre la explicación de ello se dice: “*Este sub-registro es el resultado de multiplicidad de factores, entre los que se encuentran: el hecho de que la violencia intrafamiliar sea considerada como actos aislados dentro del ámbito privado y no como un problema social; la percepción de que los actos de violencia son hechos normales dentro de la dinámica de la familia, es decir, que la práctica de la violencia es un acto legítimo, el hecho de que las personas afectadas, principalmente las mujeres, suelen responsabilizarse a sí mismas de ser las provocadoras de los actos violentos, percepción que es ampliamente reforzada por los mitos y actitudes de la sociedad. Finalmente, la percepción de las mujeres de que no hay servicios o respuestas sociales para apoyarlas a resolver el problema, o que los servicios existentes son poco eficientes, inadecuados y hasta dañinos* Sagot, Monserrat/Carcedo, Ana (2003, p. 19).

dio sobre dicha violencia en Latinoamérica se dijo: “Una realidad generalizada en todos los países incluidos en esta investigación es la falta de información que las entrevistadas tienen sobre sus derechos, la legislación en que puedan respaldarse y las instituciones que podrían brindarles apoyo”³⁴⁹.

Uno de los grandes problemas con respecto a la violencia intrafamiliar es la incompreensión de la misma por las autoridades administrativas y judiciales, las que no entienden la dinámica del ciclo de la violencia ni el síndrome de la mujer maltratada.

Ejercicios de evaluación

- 1) ¿Existen en su comunidad oficinas u organizaciones encargadas del asesoramiento y ayuda de las mujeres víctimas de violencia doméstica?
- 2) ¿Conoce casos en la comunidad en donde usted labora, en que luego de las medidas de protección, se le ha causado la muerte o lesiones a una de las personas a favor de las cuales se habían dictado medidas de protección?
- 3) Analice la película española “Te doy mis ojos” (dirigida por Icíar Bollaín, 2003). Haga el análisis en particular con respecto a la problemática de la violencia intrafamiliar que se refleja allí y las situaciones que se reflejan en la misma que explican por qué no se acude al sistema de justicia. Además hable sobre el contacto que tiene con la policía, cuando acude ante la misma. Relacione la película con la problemática del acceso a la justicia de las mujeres en los asuntos de violencia intrafamiliar en Panamá.

6. El acceso a la justicia de los niños y adolescentes

La Convención de Derechos del Niño supuso un cambio de paradigma con respecto al derecho de la niñez y la adolescencia, lo que implica la necesidad de adaptación de la legislación ordinaria a los preceptos de la Convención, en cuanto partió de una concepción del enfoque de derechos, que implica considerar a los menores de edad con derechos y obligaciones y no como meros objetos de tutela estatal y familiar.

En la nueva concepción el principio del interés superior del niño no puede ser utilizado para restringir los derechos de las personas menores de edad, de modo que tengan menores derechos humanos que los adultos, sino más bien para concederles derechos adicionales que permitan su desarrollo integral.

El artículo 37 de la Convención se refiere al acceso a la justicia de los niños y adolescentes y enfatiza que a ningún niño se le podrá imponer la pena capital.

349 Sagot, Monserrat/Carcedo, Ana (2003, p. 111).

Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

En Panamá los derechos de los menores de edad están regulados en el Título Segundo del Código de Familia, el que fue aprobado por Ley de 17 de mayo de 1994³⁵⁰. Con el mismo se trató de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por Panamá al ratificar la Convención de Derechos del Niño.

Sin embargo, las previsiones del Código de Familia se han considerado insuficientes para ello, de modo que se ha venido discutiendo desde hace varios años la aprobación de una ley de la Niñez y la Adolescencia, pero su no aprobación implica un rezago con respecto a los otros países centroamericanos.

Hoy día está en discusión la Ley de Protección a la Niñez, que tiene como objetivo reconocer la titularidad de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, los cuales se ejercen de acuerdo a su grado de desarrollo y madurez e implican la responsabilidad de ejercerlos respetando y reconociendo los derechos de los demás.

Con respecto a la materia penal juvenil el 26 de agosto de 1999 se aprobó la Ley del Régimen Especial de responsabilidad Penal para la Adolescencia (No. 40)³⁵¹. Es importante la superación de la doctrina de la situación irregular, que a partir de la afirmación de tratar de salvar al adolescente en situación de riesgo ha llevado en Latinoamérica a las peores irregularidades, caracterizándose el nuevo paradigma de la justicia penal juvenil.

350 Sobre este Código: Páez de Álvarez y otros (1995, pp. 268-279).

351 Cf. Muñoz Pope (2000, pp. 179-181); Tiffer Sotomayor (2001).

Sin embargo, a pesar de los progresos que implicó esta ley, el Comité de Derechos del Niño en las observaciones que rindió sobre Panamá en 2004 en particular criticó la falta de reforma de la administración de justicia de menores de edad. Dijo:

60. El Comité expresa su preocupación porque el Estado Parte no ha hecho lo suficiente para revisar su sistema de administración de justicia de menores para que se ajuste plenamente a la Convención y a otros instrumentos internacionales conexos. También le preocupa, entre otras cosas, que mediante la Ley No. 46 se establezca un régimen más estricto de responsabilidad penal de los adolescentes, en particular al aumentar el período máximo de detención preventiva de dos a seis meses, con la posibilidad de ampliarlo a un año³⁵².

En cuanto a la legislación que se debía aprobar dijo:

62. Como parte de esta reforma, el Comité recomienda especialmente que el Estado Parte:

- a) Proteja los derechos de los niños privados de libertad y mejore sus condiciones de detención y reclusión, especialmente mediante la creación de establecimientos especiales para niños, en condiciones adecuadas a su edad y sus necesidades, y creando servicios sociales en todos esos centros y garantice la separación de los adultos en todas las prisiones y centros de detención preventiva.
- b) Investigue, procese y castigue todos los casos de malos tratos cometidos por agentes de la autoridad, entre ellos los guardianes de prisiones y establezca un sistema independiente, sensible a los problemas de los niños y accesible que atienda las quejas formuladas por niños;
- c) Procure que los niños mantengan contactos periódicos con sus familias, mientras se encuentran en los establecimientos de justicia de menores, en particular informando a los padres de la detención del niño y del lugar en que se encuentra detenido;
- d) Establezca el reconocimiento médico periódico de los niños a cargo de profesionales de la salud independientes;
- e) Haga todo lo posible por establecer un programa de recuperación y rehabilitación social de los menores una vez concluidos los procedimientos judiciales;
- f) Tome en consideración las recomendaciones formuladas por el Comité en su día de debate general sobre la justicia de menores (CRC/C/46, párrs. 203 a 238);
- g) Recabe asistencia técnica del UNICEF, entre otros organismos en la esfera de la justicia de menores y la formación de la policía³⁵³.

352 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

353 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

Uno de los aspectos fundamentales con respecto a la consideración de los menores de edad como sujetos de derecho, tal y como se dijo con anterioridad, es el derecho de los menores de edad de ser oídos en todo proceso administrativo o jurisdiccional en que tengan interés.

Ello implica también la posibilidad de los menores de edad de presentar quejas para reclamar el respeto de sus derechos. Con respecto al reconocimiento de ello en Panamá indicó el Comité de Derechos del Niño en las observaciones que rindió en 2004:

13. El Comité toma nota del hecho de que los niños pueden presentar quejas individuales acerca de una posible violación de sus derechos ante el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, ante el Ministerio de la Juventud, la Mujer, la Niñez y la Familia. Pero le preocupa la falta de coordinación entre esos grupos, el limitado acceso de los niños y sus familias a este servicio y la eficacia de estos procedimientos de denuncia. Además, el Comité está preocupado por la falta de claridad en lo que respecta a la función de supervisión de cada uno de esos órganos³⁵⁴.

Recomendó:

El Comité recomienda que el Estado Parte, de conformidad con el artículo 12 de la Convención:

- a) Promueva y facilite el respeto de la opinión del niño y su participación en todos los asuntos que lo afectan por parte de los tribunales y órganos administrativos, así como en las familias, las escuelas y otras instituciones.
- b) Proporcione información educacional a, entre otros, los padres de familia, los educadores, los funcionarios públicos, la judicatura y la sociedad en general sobre el derecho del niño a que se tenga en cuenta su opinión y a participar en los asuntos que lo afecten.
- c) Haga un examen periódico de la medida en que se tienen en cuenta las opiniones de los niños, en particular de los pertenecientes a grupos vulnerables como los niños indígenas y los niños pobres, y de las repercusiones que esto tiene en las políticas y los programas, así como en los propios niños³⁵⁵.

El derecho de presentar reclamos a favor de los menores de edad, ya sea por los padres, ONGs, instituciones estatales, a bien que los propios niños y adolescentes, tiene un carácter meramente instrumental y es importante en cuanto implica la realización de la concepción de los menores de edad como sujetos de derechos.

Sin embargo, no puede desconocerse el aspecto substancial que implica la garantía de los derechos concedidos a los menores de edad en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención de Derechos del Niño, y la

354 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

355 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

legislación ordinaria, dentro de la que se destaca el Código de Familia, aunque suele existir la percepción sobre las divergencias entre lo plasmado en la norma y la práctica cotidiana.

Debe destacarse que lo ideal sería que no fuera necesario reclamar los derechos en sede administrativa o judicial, sino que se garantizaran los mismos. Igualmente es importante, por ejemplo, la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos judiciales.

Sobre los derechos que se conceden a los menores de edad en Panamá indica el artículo 489 del Código de Familia, el que se destaca por la gran amplitud

Dice:

Todo menor tiene derecho a:

La protección de su vida prenatal;

Su vida postnatal, a su libertad y dignidad personal;

Conocer quiénes son sus padres, usar los apellidos de sus progenitores o de uno de ellos, y disfrutar de los demás derechos de la filiación;

Recibir lactancia materna, alimentación, atención médica, educación, vestuario, vivienda y protección de los riesgos o peligros contra su formación psicofísica, social y espiritual;

La educación integral, comprendida el primer nivel de enseñanza o educación básica general, que es obligatoria, respetando su vocación, sus aptitudes y el normal desarrollo de su inteligencia.

La educación debe ser orientada a desarrollar la personalidad, las facultades del menor, con el fin de prepararlo para una vida activa, inculcándole el respeto por los derechos humanos, los valores culturales propios y el cuidado del medio ambiente natural, con espíritu de paz, tolerancia y solidaridad sin perjuicio de la libertad de enseñanza establecida en la Constitución Nacional;

La salud, que comprende los beneficios en los aspectos educativos, preventivos y curativos;

No ser internado, sino en los casos y formas determinadas en este Código;

Buen trato, con la obligación de los padres o guardadores de ofrecerle los cuidados y atenciones que propicien su desarrollo óptimo;

Ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual, explotación y discriminación.

El menor de y en la calle, será sujeto prioritario de la atención estatal, a fin de brindarle protección adecuada;

Expresar su opinión libremente y conocer sus derechos. En consecuencia, en todo proceso que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes y su opinión debe tomarse en cuenta, considerando para ello la edad y madurez mental del menor;

Que se le respete su libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, conforme a la evaluación de sus facultades y guiados por sus padres, con las limitaciones consagradas por la ley para proteger los derechos de los demás;

En caso de ser menor discapacitado tiene derecho a disfrutar de una vida plena y decente que asegure su dignidad y participación en la comunidad, y a recibir cuidados y adiestramientos especiales, destinados a lograr en lo posible su integración activa en la sociedad. Aquél que por razones de su condición no se haga entender, tiene derecho a un traductor o persona especializada que pueda expresar sus declaraciones;

Ser protegido contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su honra o su reputación;

Descanso, esparcimiento, juego, deporte y a participar en la vida de la cultura y de las artes;

Ser protegido contra la explotación económica y el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso para su salud física y mental, o que impida su acceso a la educación;

Ser protegido contra el uso ilícito de drogas y estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y a que se impida su uso en la producción y tráfico de estas sustancias.

Para ello, el Estado sancionará a quienes utilicen a los menores para tales fines y establecerá programas de prevención;

Ser protegido del secuestro, la venta o la trata de menores para cualquier fin y en cualquier forma, e igualmente contra las adopciones ilegales;

Ser respetado en su integridad, por lo que no será sometido a torturas, tratos crueles o degradantes ni a detención arbitraria.

El menor privado de su libertad tiene derecho al respeto de sus garantías, a la asistencia jurídica adecuada, a mantener contacto con su familia y a ser puesto a orden inmediata de la autoridad competente;

Tener preferencia en la atención de los servicios públicos, en las políticas sociales públicas y asignación privilegiada de recursos inmediatos en cualquier circunstancia que le afecte; y

Los demás derechos consagrados en la Constitución, leyes de la República y en los convenios y declaraciones internacionales.

Asimismo y como uno de los derechos de más importancia, debe destacarse el derecho a un nivel de vida suficiente para el desarrollo físico, espiritual, moral y social, al que hace mención la Convención de Derechos del Niño en el artículo 27, lo que debe llevar entre otros aspectos a la protección frente a la pobreza. Sobre ello señala el artículo 485 del Código de Familia:

El Estado protege la salud física, mental y moral de los menores nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y de los nacionales que se encuentren en el extranjero y garantiza el derecho de éstos al hogar, a la alimentación, a la salud y a la educación (...).

Se ha dicho con razón que la pobreza no solamente deniega a los niños y adolescentes bienes y servicios esenciales, sino en definitiva limita sus oportunidades. Se hace necesario respetar el derecho de los niños a la supervivencia, la salud y la educación.

Deben garantizarse los bienes y servicios esenciales, tales como el agua potable y la nutrición adecuada, lo mismo que los servicios médicos necesarios³⁵⁶. Según lo indica UNICEF, la pobreza afecta de manera particular a los niños y adolescentes, de modo que son estos los que llevan la peor parte de ella, ya que al impedir su desarrollo físico, espiritual y moral, se convierte en obstáculos que perdurarán toda su vida³⁵⁷.

Por otro lado, la pobreza coloca a los niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad, frente a situaciones de violencia y explotación, llevando a trabajos infantiles prematuros y peligrosos, a la explotación sexual y a la violencia de pandillas³⁵⁸.

Con respecto a la garantía del acceso a la justicia y de la realización de los derechos que se conceden a los niños y adolescentes en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la legislación interna; es fundamental la capacitación que deben recibir no solamente los diversos operadores del sistema judicial, sino en general todos los funcionarios públicos que tengan relación con la niñez y la adolescencia, lo mismo que las personas que trabajan con organizaciones sociales no gubernamentales en defensa de los derechos de los niños y adolescentes.

La capacitación es fundamental no solamente para el conocimiento sobre los derechos especiales que tienen los niños y los adolescentes, sino también para la sensibilización con respecto a los problemas particulares que se presentan con respecto a los mismos y sus las necesidades, lo mismo que la forma de tratar con ellos.

Por otro lado, es importante también la divulgación general de los derechos de los niños y adolescentes, por ejemplo por los medios de comunicación y a través del sistema educativo, procurando superar las actitudes tradicionales de las que era expresión la llamada concepción tutelar.

Con respecto a ello señaló el Comité de Derechos de los Niños a Panamá en 2004:

19. El Comité acoge con satisfacción las actividades de capacitación llevadas a cabo por el Estado Parte en beneficio de maestros, jueces, agentes de policía y funcionarios de establecimientos correccionales. Sin embargo, expresa su preocupación por las actitudes tradicionales de la sociedad hacia los niños y adolescentes y por el hecho de que los niños y también muchos profesionales que trabajan con ellos y para ellos no estén suficientemente informados sobre la Convención y de los derechos enunciados en ella³⁵⁹.

356 Sobre ello: UNICEF (2004), p. 16.

357 Sobre ello: UNICEF (2004), p. 16. Véase también: Prats (1997), p. 62.

358 Véase: UNICEF (2004), p. 17.

359 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

En relación de lo anterior, debe decirse que uno de los aspectos fundamentales de la nueva concepción de los menores de edad como sujetos de derechos y obligaciones, está la prohibición de todo tipo de maltrato físico y psicológico, lo que implica modificaciones importantes dentro del seno de la familia.

En efecto el que los niños y adolescentes tengan que ser oídos y consideradas sus opiniones, de acuerdo con su edad y madurez, sienta un principio fundamental, de modo que se les reconozca su carácter de sujetos y no de meros objetos de protección.

Todo ello debe llevar a la exclusión del maltrato infantil y dentro de este del castigo físico o humillante como forma de educar³⁶⁰. En este sentido debe destacarse que el Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 8 (2006), dada en el 42º. Período de sesiones, realizado en Ginebra del 15 de mayo al 2 de junio de 2006 dijo:

44. En el artículo 12 de la Convención se destaca la importancia de tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños respecto de la elaboración y aplicación de las medidas educativas y de otro tipo para erradicar los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes.

Agregó:

La Convención establece la condición del niño como individuo y titular de derechos humanos. El niño no es propiedad de los padres ni del Estado, ni un simple objeto de preocupación. En este espíritu, el artículo 5 exige que los padres (o en su caso los miembros de la familia ampliada o la comunidad) impartan a los niños, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza sus derechos reconocidos en la Convención. El artículo 18, que subraya la responsabilidad de los padres o de los representantes legales, de la crianza y desarrollo del niño, sostiene que ‘su preocupación fundamental será el interés superior del niño. Según el artículo 12, los Estados garantizarán al niño el derecho de expresar su opinión libremente ‘en todos los asuntos que afectan al niño’, teniéndose debidamente

360 Con respecto al concepto de castigo físico o humillante es importante citar lo indicado por el Comité de Derechos del Niño en la Observación General No. 8 (2006): “11. El Comité define el castigo ‘corporal’ o ‘físico’ como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños (‘manotazos’, ‘bofetadas’, ‘palizas’), con la mano o con algún objeto – azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles el pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos (por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes). El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto, incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño”.

en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Aquí se recalca la necesidad de que las modalidades de atención parental, de cuidado y enseñanza respeten los derechos de participación de los niños. En su Observación general No. 1 sobre ‘Propósitos de la educación’, el Comité ha insistido en la importancia de que la educación ‘gire en torno al niño, le sea favorable y lo habilite.

El Comité también se refirió sobre la insuficiencia en Panamá de los servicios de asesoramiento a las víctimas de maltrato, lo que debe ser relacionado con lo que se trata en otro apartado sobre el acceso a la justicia de las víctimas de delitos. Dijo:

39. El Comité toma nota de las medidas adoptadas para mejorar la información sobre el maltrato de niños, pero expresa su preocupación porque los servicios de recuperación y asesoramiento de las víctimas son insuficientes para atender la creciente demanda³⁶¹.

Por otra parte cabe destacar que en Centroamérica existe un problema con las adopciones de menores, que con frecuencia se han presentado como un “negocio” ya que se obtienen mediante intermediarios que lucran con esto.

Con frecuencia este negocio se desarrolla en forma clandestina. Casa Alianza inició en la década de 1990 una lucha en contra de las adopciones ilegales en Honduras y luego denunció una serie de irregularidades en Guatemala.

No han faltado las denuncias de que muchos de estos niños luego son conducidos a la servidumbre y a otra serie de abusos³⁶². Se trata de un problema del que no está exento Panamá, debiendo tener los funcionarios respectivos mucho cuidado, para evitar la mala utilización de las adopciones. Sobre el mismo se indica por el Comité de los Derechos del Niño en 2004:

37. El Comité celebra la ratificación del Convenio de la Haya sobre la Protección de los Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, pero expresa su preocupación porque sigue siendo necesario adoptar medidas más eficaces para garantizar unos procedimientos de adopción que respeten los derechos del niño y evitar el uso indebido de adopciones, por ejemplo para la trata de niños³⁶³.

La Convención de los derechos del niño garantiza los derechos económicos sociales y culturales. Se destacan a continuación los mismos

361 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

362 Paja Burgoa (1998, p. 81). A los problemas relacionados con la adopción de niños en Guatemala se refirió el quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, dado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 6 de abril de 2001 (No. 37-42). Cf. Relatoría de la Niñez CIDH/OEA (2002, pp. 246-248).

363 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

a) Derecho a la educación:

Artículo 28 de la Convención de los derechos del niño:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

En el ámbito nacional el derecho a la educación de los niños y adolescentes se establece en el Código de familia.

Al respecto dispone el artículo 91 del Código de Familia:

Todos tienen el derecho a la educación y la responsabilidad de educarse. El Estado organiza y dirige el servicio público de la educación nacional y garantiza a los padres de familia el derecho de participar en el proceso educativo de sus hijos.

La educación se basa en la ciencia, utiliza sus métodos, fomenta su crecimiento y difusión y aplica sus resultados para asegurar el desarrollo de la persona humana y de la familia, al igual que la afirmación y fortalecimiento de la Nación panameña como comunidad cultural y política.

La educación es democrática y fundada en principios de solidaridad humana y justicia social.

Sobre la importancia del derecho a la educación señaló la Corte Interamericana en su opinión consultiva del 28 de agosto de 2002:

84. Se debe destacar que dentro de las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la Convención Americana, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad.

Agregó la Corte:

86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

En lo relativo a las tasas de asistencia escolar de la población de 7 a 15 años en Centroamérica en Costa Rica era 89.3% en 2000; en El Salvador 84.2% en 1999; en Guatemala 74.1% en 1998; Honduras 78% en 1999; Nicaragua 79.5% en 1998 y Panamá 91.8% en 1997³⁶⁴.

Sin embargo, uno de los grandes problemas en Centroamérica, del que no escapa Panamá, es la alta deserción escolar. Así en el área urbana la tasa de deserción en 1999 fue en Honduras del 47%, en El Salvador del 30%, en Costa Rica y en Panamá del 25%. En Guatemala fue del 40% en 1998³⁶⁵. Los porcentajes de deserción en el área rural son aún mayores³⁶⁶. En El Salvador, Guatemala y Nicaragua entre el 40% y el 70% de los niños deja de asistir a la Escuela antes de completar el ciclo primario. En Costa Rica y Honduras un 50% y un 60% respectivamente, abandonan la educación antes de finalizar el ciclo primario³⁶⁷. Entre los factores que contribuyen a la deserción escolar se citan la falta de recursos económicos en los hogares, la estructura familiar y la educación de la madre. Los porcentajes son mayores cuando falta el padre y la madre tiene poca educación³⁶⁸.

En lo relativo a los problemas de la deserción escolar en Panamá indicó el Comité de los Derechos de los Niños en 2004:

51. Aún observando las iniciativas del Estado Parte para mejorar el sistema educacional, y viendo con satisfacción las mejoras reflejadas en los indicadores sobre educación, el Comité sigue preocupado por las disparidades persistentes en el acceso a la educación de los niños vulnerables, entre otros, los que viven en zonas rurales, los niños indígenas y los refugiados, que no tienen acceso a una educación apropiada desde

364 PNUD (2003, p. 61).

365 PNUD (2003, p. 65).

366 PNUD (2003, p. 65).

367 PNUD (2003, p. 65).

368 PNUD (2003, p. 65).

el punto vista de sus valores culturales y su identidad. Al Comité le preocupa también la baja proporción de niños que continúan y completan sus estudios, especialmente en la enseñanza secundaria. El Comité ve también con preocupación la baja calidad de la infraestructura educacional ³⁶⁹.

6.1. El trabajo infantil

Artículo 32 de la Convención de los derechos del niño:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.
2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular:
 - a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;
 - b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo;
 - c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

La problemática del trabajo infantil prematuro conduce a la explotación económica de los menores de edad. En general ello está asociado con el abandono prematuro de la escuela y con bajas remuneraciones³⁷⁰. Sobre los problemas del trabajo infantil se ha dicho:

El trabajo infantil es perjudicial para los niños, impide que puedan disfrutar de su infancia, obstaculiza su desarrollo y a veces provoca daños físicos o psicológicos que persisten toda su vida; también perjudica a las familias, a las comunidades y a la sociedad en su conjunto. Como resultado y como causa de pobreza, el trabajo infantil perpetúa situaciones de desfavorecimiento y exclusión social. Socava el desarrollo nacional al impedir la escolarización de los niños y el que puedan obtener los conocimientos y las aptitudes necesarios para que como adultos puedan contribuir al crecimiento económico y a la prosperidad³⁷¹.

La medición del trabajo infantil es difícil, por las condiciones de informalidad e ilegalidad en que se da. Se dice que en Centroamérica y República Dominicana hay 14.4 millones de niños y adolescentes entre 5 y 17 años, de los cuales el 16%, o sea 2.3 millones trabaja

369 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

370 Cf. Paja Burgoa (1998, pp. 83-87). Acerca de los riesgos para la salud y la seguridad del trabajo infantil: Forastieri (2003).

371 OIT (2003, p. 1). Acerca de los riesgos para la salud y la seguridad del trabajo infantil véase además: Forastieri (2003).

en actividades económicas, según estadísticas del IPEC, basadas en cifras oficiales de 2002. Casi la mitad de los niños trabajadores, un 47%, labora en la agricultura, mientras un 20.5% lo hace en el comercio, un 13.9% en servicios, un 11.4% en manufactura y un 6.2% en otras ramas económicas, que incluyen labores consideradas como peligrosas³⁷². Con respecto a Panamá indicó el Comité de los Derechos del Niño en 2004:

56. El Comité acoge favorablemente los esfuerzos desplegados por el Estado Parte para reducir el trabajo infantil, así como la ratificación de los Convenios No. 138 y No. 182 de la OIT. El Comité sigue preocupado por el elevado número de niños que trabajan, sobre todo como empleados del hogar y como trabajadores rurales (en plantaciones de azúcar), y porque el Estado Parte no ha aplicado debidamente las disposiciones sobre trabajo infantil³⁷³.

6.2. Derecho a la salud

Junto a la educación un derecho económico, social y cultural de gran importancia es el derecho a salud.

Artículo 24 de la Convención de los derechos del niño:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
 - a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
 - b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;
 - c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
 - d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;
 - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

372 En: Info Niñez, www.coeti.org.py/%20Info17/02_Internacional/02_TI/Not_Int_TI_07.html.

373 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

En el ámbito interno, el derecho a la salud de los niños y adolescentes se encuentra en el Código de Familia

Sobre ello señala el artículo 109 del Código de Familia:

Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.

En el artículo 110 del Código citado se dispone:

En materia de salud, corresponde primordialmente al Estado el desarrollo de las siguientes actividades, integrando las funciones de prevención, curación y rehabilitación:

1. Desarrollar una política nacional de alimentación y nutrición que asegure un óptimo estado nutricional para toda la población, al promover la disponibilidad, el consumo y el aprovechamiento biológico de los alimentos adecuados.

2. Capacitar al individuo y a los grupos sociales, mediante acciones educativas, que difundan el conocimiento de los deberes y derechos individuales y colectivos en materia de salud personal y ambiental.

3. Proteger la salud de la madre, del niño y del adolescente, garantizando una atención integral durante el proceso de gestación, lactancia, crecimiento y desarrollo en la niñez y adolescencia.

4. Combatir las enfermedades transmisibles mediante el saneamiento ambiental, el desarrollo de la disponibilidad de agua potable y adoptar medidas de inmunización, profilaxis y tratamiento, proporcionadas colectiva o individualmente, a toda la población.

5. Crear, de acuerdo con las necesidades de cada región, establecimientos en los cuales se presten servicios de salud integral y suministren medicamentos a toda la población. Estos servicios de salud y medicamentos serán proporcionados gratuitamente a quienes carezcan de recursos económicos.

6. Regular y vigilar el cumplimiento de las condiciones de salud y la seguridad que deban reunir los lugares de trabajo, estableciendo una política nacional de medicina e higiene industrial y laboral.

Con respecto a la garantía del derecho a la salud debe reconocerse que han existido grandes progresos en los últimos años en Centroamérica, incluyendo a Panamá, aunque las tasas de mortalidad infantil siguen siendo elevadas, a excepción de las correspondientes a Costa Rica.

La tasa de mortalidad de los menores de cinco años en 2003 en Guatemala fue de 47, en Honduras 41, Nicaragua 38, El Salvador 36, Panamá 24 y Costa Rica 10³⁷⁴.

Hacia 1960 Costa Rica y Panamá tenían tasas de mortalidad infantil inferiores al promedio latinoamericano, actualmente también El Salvador y Honduras reportan tasas inferiores³⁷⁵. Se dice que probablemente las campañas de vacunación, explican el descenso de la mortalidad infantil³⁷⁶.

La tasa de mortalidad infantil por mil nacidos vivos entre 2000 y 2005 fue de 41.2 en Guatemala, 35.7 en Nicaragua, 31.2 en Honduras, 26.4 en El Salvador, 20.6 en Panamá y 10.5 en Costa Rica³⁷⁷.

Acerca de lo anterior se dijo por el Comité de los Derechos del Niño a Panamá en 2004:

43. El Comité acoge con satisfacción la considerable reducción de los niveles de mortalidad infantil y la erradicación de varias enfermedades contagiosas, pero el preocupa que este progreso no haya ido acompañado de una reducción similar de la tasa de mortalidad materna y que haya una discrepancia significativa entre los indicadores de mortalidad de las zonas urbanas y los de las rurales. El Comité expresa su preocupación porque la lactancia materna no es muy utilizada³⁷⁸.

Debe resaltarse la relación entre el derecho a la salud y el derecho a una buena alimentación, con respecto al cual persisten graves deficiencias en Centroamérica. En 2000 el 25% de los niños menores de cinco años tenía peso insuficiente en Honduras, el 24.2 % en Guatemala, el 11.8% en El Salvador, el 9.6% en Nicaragua, el 5% en Costa Rica y el 3.6% en Panamá³⁷⁹.

Con respecto al derecho a la salud es importante resaltar la problemática de la transmisión de las enfermedades sexuales, lo mismo que los embarazos prematuros. Debe destacarse que no basta la protección frente a situaciones en que se ha transmitido una enfermedad sexual o bien frente a un embarazo, aspectos con respecto a los cuales se ha reconocido los

374 UNICEF (2004, p. 105).

375 PNUD (2003, p. 80).

376 PNUD (2003, p. 79).

377 PNUD (2003, p. 34).

378 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

379 PNUD (2003, p. 379).

progresos que ha tenido Panamá, sino lo fundamental es la prevención al respecto. Al respecto se dijo a Panamá por el Comité de los Derechos de los Niños en 2004:

45. Si bien toma nota de la legislación aprobada (por ejemplo la Ley No. 29 relativa a la salud y educación de las adolescentes embarazadas, de 2002) sobre la protección de las adolescentes embarazadas y el programa para una paternidad responsable, el Comité expresa su preocupación por la elevada prevalencia de embarazos e infecciones de transmisión sexual entre adolescentes y la falta de medidas adecuadas para prevenir esos problemas. El Comité expresa también su preocupación por la falta de programas adecuados de salud reproductiva, educación sexual, planificación de la familia y salud mental³⁸⁰.

En lo atinente al SIDA se dijo por el Comité:

47. El Comité si bien manifiesta su reconocimiento por los esfuerzos desplegados por el Estado Parte para facilitar el libre acceso a los medicamentos antirretrovirales, expresa su preocupación por la creciente incidencia del VIH/SIDA en el Estado Parte y por el elevado número de niños infectados con el VIH³⁸¹.

6.3. Derecho a una vivienda digna

También relacionado con el derecho a la salud es el derecho a una vivienda digna y a condiciones sanitarias adecuadas en ésta. En ello se aprecian todavía muchos progresos por realizar.

El Artículo 27 de la Convención de los derechos del niño menciona:

3. *Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.*

En Costa Rica en 2000 el 97% de las viviendas tenía acceso a agua potable o fuentes mejoradas de agua, en Panamá el 89.8%, en Honduras el 89.2%, en El Salvador el 72.6%, en Guatemala el 70.8% y en Nicaragua el 70.1%. En lo atinente al porcentaje de viviendas con acceso a saneamiento para eliminación de excretas, en 2000 Costa Rica tenía el 98.6%, en Panamá el 93.2%, en El Salvador el 90.5%, en Nicaragua el 85.8%, en Honduras el 80.8% y en Guatemala el 38.2%³⁸².

380 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

381 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

382 PNUD (2003, p. 387).

Debe reconocerse con respecto a lo anterior que todavía tienen que darse mayores progresos en Panamá, en donde se presentan problemas especialmente en las áreas rurales.

6.4. Derecho a un nivel de vida adecuado

En lo atinente al respeto a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, moral y social de los niños y adolescentes, debe tenerse en cuenta que se trata de una derivación del principio de dignidad de la persona humana, base de los diversos derechos.

El Artículo 27 de la Convención de los Derechos del niño establece:

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Debe destacarse que en Centroamérica se presentan diversas problemáticas que llevan a una cosificación de los niños y los adolescentes. Hay que mencionar en primer lugar el abuso sexual, que se desarrolla principalmente en el ámbito familiar o con respecto a personas cercanas a la familia, que es responsable de aproximadamente dos terceras partes de los abusos. Debido a la presión que sufren los niños de sus agresores, unido al sentimiento de culpa que sienten, el abuso sexual generalmente se mantiene oculto. Por ello es difícil cuantificar el abuso sexual, aunque algunos estudios que se desarrollaron en unos catorce países llegaron a estimar que la tercera parte de la población adulta femenina y la quinta parte de la masculina fue objeto de algún tipo de abuso durante su niñez³⁸³.

Se agrega a ello los problemas de la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, que ha adquirido una gran gravedad, habiendo dado lugar a la firma de un protocolo adicional a la Convención de Derechos del Niño.

Sobre ello indicó el Comité de los derechos del Niño a Panamá en 2004:

56. El Comité celebra la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Sigue preocupado porque la explotación y los abusos sexuales siguen siendo graves problemas y las víctimas de la explotación sexual no tienen acceso a unos servicios apropiados de recuperación y asistencia. El Comité también sigue preocupado por la falta de datos que permitan determinar el alcance real del problema del abuso y la explotación sexual de menores y por la insuficiencia de medidas adoptadas para prevenir y combatir la trata de menores³⁸⁴.

383 Paja Burgoa (1998, p. 81).

384 Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/add.233, 30 de junio de 2004.

Ejercicios de evaluación

- 1) El Comité de los derechos del niño de Naciones Unidas publica su interpretación sobre las disposiciones de la Convención de los derechos del niño. Estas observaciones se pueden encontrar en la página web del Comité. En este sentido se le solicita que haga un cuadro en el que se incluyan las interpretaciones del Comité sobre las disposiciones de la Convención.

Casos para discutir

Caso 1. ¿Puede presentar una persona de diez años de edad una denuncia por abuso sexual o requiere que lo acompañe uno de sus padres, una persona adulta o de un representante estatal?

Caso 2. Felipe, quien tiene 16 años, padece de cáncer. Los médicos consideran necesario cortarle ambas piernas para evitar que el cáncer se extienda. Felipe se opone rotundamente ya que considera que una vida sin piernas no vale la pena de ser vivida. Expresa así su oposición a la intervención quirúrgica. Los padres de Felipe están de acuerdo con lo que decida Felipe. Los médicos consideran que por el interés superior del niño debe cortársele las piernas. ¿Qué podría hacer Felipe para oponerse? ¿Podría impugnar administrativa o judicialmente, por ejemplo a través de un recurso por violación de normas constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, etc. ¿Qué resolvería usted por el fondo el asunto? Luego de resolverlo investigue si hay resoluciones judiciales que hayan resuelto algún asunto similar.

Caso 3. Un colegio público ha decidido cobrar una suma para la matrícula de sus estudiantes, ello para pagar diversos gastos administrativos con respecto a los cuales no se cuenta con dinero. Los padres de Martín, que difícilmente pueden pagar la suma exigida desean saber si el colegio público puede cobrar esa suma, pero no cuentan con un abogado. ¿A quién pueden hacerle la consulta? ¿Cómo podrían impugnar administrativa o judicialmente la acción del colegio? ¿Cómo resolvería usted el asunto por el fondo el asunto? Luego de resolverlo investigue si hay resoluciones judiciales que hayan resuelto algún asunto similar.

7. Acceso a la justicia tanto por las personas integrantes de los pueblos indígenas como por los pueblos indígenas como colectividades

Es importante recordar lo indicado con anterioridad en el módulo uno, sobre acceso a la justicia por parte de los pueblos indígenas, este derecho. supone el reconocimiento de su propio derecho y de las autoridades encargadas de aplicarlo e igualmente la posibilidad de acudir a los tribunales nacionales a plantear reclamos como cualquier habitante del país.

Ello debe implicar la posibilidad de que los pueblos indígenas presenten reclamos en forma colectiva, ya que precisamente en la cosmovisión indígena, éste se entiende en cuanto parte de la comunidad indígena, apartándose totalmente de la concepción occidental de carácter individualista.

Aunque Panamá no ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Constitución Política contiene varias normas que establecen los derechos de los pueblos indígenas.

Así el artículo 88 de la Constitución señala:

Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas.

Por su parte el artículo 90 de la Constitución Política dispone:

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 lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.

Con respecto a la afirmación del respeto de la identidad étnica de los indígenas se ha dicho que comprende todas sus manifestaciones y conocimientos artísticos, científicos, culturales, políticos, sociales, espirituales y económicos³⁸⁵.

Por otro lado, el artículo 5 establece:

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.

Se ha sostenido por algunos que de este último artículo se deduce la posibilidad de crear Comarcas Indígenas, en las que se llega a aplicar las leyes especiales de la comarca y en forma supletoria la ley nacional³⁸⁶.

De conformidad con el artículo 127 de la Constitución Política:

El Estado garantizará a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y so-

385 Valiente Aresio (2002).

386 Valiente Aresio (2002).

cial. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.

El artículo 108 de la Constitución Política señala:

El Estado desarrollará programas de educación y promoción para los grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana.

Este artículo debe ser interpretado en relación con el derecho al reconocimiento de la cultura, el derecho, las autoridades indígenas, etc., por lo que no debe ser interpretado en un sentido de pretensión de asimilación de los indígenas a la cultura y derecho estatales, sino más bien al reconocimiento de que los indígenas, como ciudadanos del Estado, tienen derecho de participar dentro del sistema político general.

Eso significa que los derechos de los pueblos indígenas son derechos adicionales ya que también gozan de todos los derechos que poseen todas las personas que habitan en la República de Panamá.

El derecho a la propiedad colectiva de las tierras debe afirmarse que es conforme a la cosmovisión indígena³⁸⁷.

De acuerdo al censo realizado en 2000, 284,754 personas se identificaron como indígenas, lo que representa un 10% de la población panameña³⁸⁸.

Se señala que “En Panamá existen siete Pueblos Indígenas, distribuidos a lo largo y ancho de la República, desde las tierras altas de Chiriquí hasta los densos bosques del Darién. Cada uno con sus propias características, costumbres y tradiciones, que los hacen únicos e interesantes. Conocer a profundidad sus hábitos, comidas y danzas, es una experiencia inolvidable. Estos pueblos a lo largo de la vida republicana, han luchado por su autonomía e identidad cultural”.

Estos pueblos son:

- 1) **Emberá:** “Este pueblo anteriormente era conocido como Chocoos, término impuesto por investigadores y antropólogos, pero actualmente, por sus movimientos de autodeterminación reclaman que se les llame Emberá. La gran mayoría viven en la Comarca Emberá, que comprende los Distritos de Cémaco (1) y Sambú (2). También habitan en las orillas de los Ríos Balsas, Jaqué, Bagre, fuera de la Comarca. La pin-

387 Valiente Aresio (2002).

388 PNUD (2003, p. 353).

tura corporal con el jugo de la fruta, conocida como jagua, es algo que lo distingue de otros pueblos”³⁸⁹.

- 2) **Wounaan:** “Es un pueblo muy similar a los Emberá, debido a que sus vestuarios son los mismos, pero sus hábitos y costumbres, en especial el idioma, es totalmente distinto. Viven en la Comarca Emberá, pero diseminados en diferentes áreas del Darién, inclusive en las riveras del Río Chagres en Panamá”³⁹⁰.
- 3) **Kuna:** “Los Kunas en su mayoría viven en la Comarca de Kuna Yala, distribuidos en las islas que componen la Comarca. También habitan en la Comarca de Madungandí en el área del Bayano, Provincia de Panamá, y en la Comarca de Wargandi, Provincia de Darién. La Mola es el arte que distingue al Pueblo Kuna”³⁹¹.
- 4) **Ngöbe:** “Los Ngäbes viven en la cordillera central de la Provincia de Chiriquí, principalmente en la parte oriental y a lo largo de los Ríos Cricamola y Changuinola, hasta la laguna de Chiriquí en Bocas del Toro. Las chaquiras, chacras y los coloridos vestuarios son sus principales artesanías y atuendo tradicional”³⁹². 5) **BUGLE:** “Los Bugles viven en la frontera entre Bocas del Toro, Coclé y en las sabanas de Veraguas. Su idioma es el Buglere, además poseen una rica tradición de cantos y danzas, que practican y transmiten a sus niños”³⁹³.
- 6) **NASO:** “El Pueblo Naso se encuentra en la región occidental de la Provincia de Bocas del Toro, principalmente a orillas del Río Teribe. El Rey es la autoridad máxima, es la única monarquía que se conoce en todo Latino América”³⁹⁴.
- 7) **BRI-BRÍ:** “Este Pueblo se ubica en la frontera con Costa Rica, por el afluente del Río Yorkín y Sixaola en la Provincia de Bocas del Toro. Los Bri-Bri mantienen sus costumbres y tradiciones, en especial su idioma”³⁹⁵. Las etnias más numerosas son la ngöbe, que representa el 59.4% de los indígenas y la etnia kuna que significa el 21.7%. El resto de las etnias en conjunto representa el 18.9%³⁹⁶.

Una de las características de los pueblos indígenas en Panamá es que en su mayoría viven en territorios delimitados³⁹⁷. El Estado al respecto ha ido creando una serie de comarcas,

389 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

390 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

391 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

392 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

393 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

394 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

395 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/etnografia.htm>.

396 PNUD (2003, p. 353).

397 PNUD (2003, p. 345).

ello desde 1938, en que se creó la Comarca Kana-Yala, conocida anteriormente como San Blas, la que quedó legalmente establecida en 1953³⁹⁸.

Se le dio un gobierno relativamente autónomo, lo que no fue sino el resultado de muchos años de lucha, especialmente en el período 1915-1925³⁹⁹. Por Ley No. 22 de 28 de noviembre de 1983 se creó la comarca Embera de Darién. En 1996 se creó la comarca Kuna de Madungandí, en 1997 la Ngöbe Bugle y en 2000 la Wardandí⁴⁰⁰. Debe tenerse en cuenta con respecto a los indígenas que en la cosmovisión indígena las tierras tienen una gran importancia, partiéndose de la propiedad colectiva de las mismas⁴⁰¹.

Al respecto es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del 31 de agosto de 2001, dictada en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, que tuteló la propiedad colectiva de la tierra conforme a la conforme a la cosmovisión indígena. Dijo:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua..

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

398 PNUD (2003, p. 346).

399 PNUD (2003, p. 345).

400 PNUD (2003, p. 346).

401 Véase: Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier (2006, pp. 85-87).

Es importante señalar además que el subsuelo pertenece al Estado, por lo que en general las diversas leyes regulan la necesidad de consulta y aprobación previa de las comunidades indígenas, lo que tiene gran importancia con respecto a la explotación de actividades mineras.

A pesar de lo anterior el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 50º período de sesiones (3 al 21 de marzo 1997), examinó los informes periódicos 10º, 12º, 13º y 14º de Panamá, presentados en un documento único (CERD/C/299/Add.1) y aprobó las siguientes observaciones finales:

El Comité recomienda que el Estado Parte adopte las medidas apropiadas para que los distintos grupos de la sociedad, tales como las poblaciones indígenas o las minorías negra y asiática, gocen plenamente los derechos enunciados en la Convención. En particular, se señala a la atención la aplicación de los derechos estipulados en el apartado e) del párrafo 3 y en los párrafos 4 y 5 del artículo 5 a estos grupos específicos. El Comité recomienda vivamente que el Estado Parte persista en sus esfuerzos para aplicar por entero el derecho de las poblaciones indígenas de ser dueños de propiedades y tierras. Recomienda en especial que el Estado Parte investigue y supervise las repercusiones de la labor de las compañías mineras, incluidas las extranjeras, así como las consecuencias del actual desarrollo del turismo, en el goce de los derechos fundamentales por parte de las poblaciones indígenas.

Por otra parte la preservación del lenguaje indígena es fundamental para estos pueblos, ya que el Derecho consuetudinario indígena se transmite oralmente⁴⁰². La importancia del lenguaje indígena ha sido reconocida incluso constitucionalmente asimismo se estableció la educación bilingüe.

El Comité de los Derechos del Niño en 2004 en sus observaciones generales sobre Panamá dijo:

63. El Comité, expresando su reconocimiento por la aprobación de nuevas leyes, por las que se crean tres comarcas indígenas, manifiesta su preocupación porque la falta de recursos económicos constituye un obstáculo para desarrollar programas concretos de educación, salud y servicios sociales dirigidos a los niños indígenas. Al Comité también le preocupa la preservación de la identidad de los niños indígenas, ya que la educación bilingüe sigue siendo un problema pendiente de solución en las zonas indígenas y hacen falta todo tipo de recursos para llevar a cabo actividades educacionales.

Uno de los aspectos de más relevancia con respecto al acceso a la justicia de los indígenas es el reconocimiento del Derecho Indígena como derecho aplicable en las comunidades indígenas, aún sobre el derecho estatal.

402 Sobre el lenguaje indígena: Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier (2006, p. 85).

Además el reconocimiento de la forma tradicional de solución de conflictos por parte de los indígenas y de sus autoridades, incluyendo las que administran justicia. Sobre ello se han dado grandes avances en Panamá, aunque los mismos todavía deben ser catalogados como insuficientes.

Se dice que ya a partir de la ley No. 16 del 19 de febrero de 1953 “(...) el Estado reconoció por primera vez (...) la existencia en la Comarca de San Blas del Congreso General Kuna y los congresos de pueblos (congresos locales de las comunidades (art. 12) con jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, menos en la aplicación de las leyes penales. Asimismo reconoció a las autoridades tradicionales, como los caciques y sáhilas (art. 5, 6 y 11)”⁴⁰³.

Aunque la ley no reconoce en forma expresa la propiedad colectiva de la tierra a favor de los kunas, “(...) el artículo 12 prohíbe que dichas tierras sean adjudicadas a personas no indígenas, excepto que las solicitudes de adjudicación sean aprobadas por dos congresos kunas diferentes (Congreso General Kuna)”. Además: “el artículo 18 establece que la enseñanza en las escuelas de la comarca se regirá por programas, planes, métodos y horarios adoptados conforme a la costumbre y las necesidades de vida de los pobladores”⁴⁰⁴. Se agrega que “los kunas lograron, en el año 1984, que se incluyera en el nuevo Código Judicial la existencia de un juez y de un personero de la Comarca Kuna Yala, con las funciones que les señalaran las leyes especiales (art. 178). Hoy día no existe una ley especial para el juez ni para el personero de la comarca”⁴⁰⁵.

Además:

En el año 1984, los kunas a través de la Ley Núm 25, consiguieron que el Estado panameño les reconociera el matrimonio que realizan de acuerdo con su tradición como matrimonio legal, con los efectos de matrimonio civil, lo cual fue recogido en el Código de Familia. Más la Ley Núm. 3 del 17 de mayo de 1984, que adoptó el Código de Familia fue más allá que la Ley Núm. 25 de 1984, ya que establece, en el artículo 753, que los sáhilas son competentes para conocer la disolución del matrimonio celebrado entre los kunas de la Comarca Kuna Yala ‘San Blas’. Normalmente la autoridad que celebra el matrimonio no tiene competencia para disolverlo⁴⁰⁶.

402 Sobre el lenguaje indígena: Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier (2006, p. 85).

403 Valiente Aresio (2002, p. 14).

404 Valiente Aresio (2002, p. 14).

405 Valiente Aresio (2002, p. 15).

406 Valiente Aresio (2002, p. 15). Carlos Rodríguez Cervera realiza una fuerte crítica a un caso ocurrido en Panamá: “(...) en una comunidad Kuna de la Comarca Kuna Yala, denominada Carti Tupile, se castigó a una profesora no indígena, a ser azotada por falta de respeto al Saila de la comunidad, principal autoridad tradicional de la misma, a la pena de azotes. Sin entrar al fondo de los hechos, negados en la versión

Con respecto al Derecho Indígena de la Comunidad Kuna Yala dice Emiliano Borja:

En el archipiélago de San Blas, hoy más conocido como Kuna-Yala, rige un fuerte sistema de autonomía que, en el nivel teórico y práctico, determina que este pueblo goce de un amplio ámbito de autodeterminación en los planos político, económico, cultural y jurídico. Tanto el Congreso General Kuna (asamblea general que tiene competencia sobre todo el archipiélago), como los Congresos Locales (asambleas locales ubicadas en cada una de las islas habitadas), tienen competencia para elaborar reglamentos que afectan a todos los órdenes de la vida social de la respectiva comunidad. Así, se establece el sistema de autoridades, la regulación del patrimonio cultural, la dirección de la economía de la comarca, la regulación de los aspectos fundamentales de la familia, la positivización de las tradiciones kuna, y finalmente, el régimen penal.

Agrega: “Aunque los kunas no enjuician los delitos más graves, y remiten al sospechoso de estas infracciones a las autoridades judiciales estatales (asesinatos, violaciones, tráfico de drogas), en algunos reglamentos locales podemos comprobar la existencia de auténticas normas penales”.⁴⁰⁷.

En cuanto a la Comarca Emberá-Wounaan: “(...) la Ley No. 22 de 1983 reconoce los congresos indígenas regionales y locales, al igual que a sus autoridades, como los caciques y el Consejo de Nokoes, siendo el máximo organismo tradicional de decisión y expresión en la comarca el Congreso General Emberá-Wounaan (art. 10)”⁴⁰⁸.

Se regula la propiedad colectiva de las tierras y la prohibición de la apropiación privada, se prevé la educación bilingüe, planificada, organizada y ejecutada en coordinación con las autoridades tradicionales indígenas y entidades educativas del Estado⁴⁰⁹.

El Derecho Indígena es en general consuetudinario, transmitido en forma oral por generaciones⁴¹⁰. Sin embargo, debe destacarse el esfuerzo de codificación escrita que se realizó con respecto al Derecho emberá wounaan, ello a través de la Carta Orgánica de la comarca.

de la profesora. Lo verdaderamente (que) verdaderamente sorprende es la acusación proferida hacia la comunidad Kuna de haber violado los derechos humanos de la profesora. Ignorando el carácter autónomo de la referida comunidad, el régimen especial histórico de la Comarca Kuna Yala, y la competencia de las referidas comunidades kunas para aplicar su propio derecho. Lo que en el lugar de una justicia de propia mano, es simplemente una muestra del nulo conocimiento y la falta de respeto de la sociedad panameña hacia sus propias comunidades, las cuales como sucede concretamente con las comunidades kunas, sólo parecen interesar como reclamo turístico caribeño”. Rodríguez Cervera (2006, p. 54).

407 Borja, Emiliano (2006, pp. 303-304).

408 Valiente Aresio (2002, p. 16).

409 Valiente Aresio (2002, p. 15).

410 Sobre el Derecho consuetudinario indígena: Portilla, Osvaldo/Muñoz, Eduardo/Llobet Rodríguez, Javier (2006, pp. 87-88).

Ello fue “producto de la iniciativa y trabajo del Congreso General Emberá Wounaan, con el apoyo técnico del Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP), organización no gubernamental de derechos humanos”⁴¹¹.

En la Carta se llega a reconocer la religión del pueblo emberá y wounaan, lo mismo que su medicina tradicional y su matrimonio⁴¹².

En cuanto al reconocimiento del Derecho indígena y su aplicación se señala que

Tanto la Ley Núm 22 de 1983 (art. 12) como la Carta Orgánica (art. 120) establecen que los actos de hechicería serán conocidos por los caciques regionales ‘a prevención con las autoridades de policía’, y los resolverán conforme al derecho y costumbre emberá y wounaan. Las autoridades administrativas y judiciales instituidas en la Comarca Emberá-Wounaan aplicarán las leyes nacionales y tomarán en cuenta las costumbres del pueblo emberá y wounaan (art. 123). Además, en la Carta Orgánica existe un capítulo sobre administración de justicia tradicional (art. 118-120)⁴¹³.

La Ley No. 24 del 12 de enero de 1996 regula la Comarca Kuna de Madungandí. Dicha ley “reconoce a las autoridades y a las instituciones indígenas, como los congresos (General, Regional y locales), y los caciques y sahílas (art. 5-7)”⁴¹⁴. Regula la propiedad colectiva de las tierras a favor de los indígenas.

La Ley fue reglamentada por la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Kuna de Madungandí. Con respecto a esta se ha dicho: “Uno de los avances de esta Carta es el reconocimiento del Congreso Cultural que es el organismo de expresión religiosa de protección, conservación y divulgación del patrimonio histórico del pueblo kuna (art. 8-9)”⁴¹⁵. Esto se había reconocido antes con respecto a otras comarcas, ya que había reconocido solamente los congresos indígenas dedicados a asuntos político-administrativos⁴¹⁶.

La Ley No. 10 de 7 de marzo de 1997 relativa a la Comarca Ngöbe-Bügle reconoce la medicina tradicional, llegando a tolerar en cuanto al matrimonio la poligamia, aunque en la práctica la misma no es en general practicada⁴¹⁷. Esta Ley es de suma importancia con respecto a la aplicación del Derecho Indígena. Se respecto que esta ley “fue la primera en establecer que la administración de justicia en la comarca se ejercerá teniendo en cuenta además de la Constitución y las leyes regionales, la realidad cultural del área y de acuerdo con el principio

411 Valiente Aresio (2002, p. 16).

412 Valiente Aresio (2002, p. 17).

413 Valiente Aresio (2002, p. 17).

414 Valiente Aresio (2002, p. 17).

415 Valiente Aresio (2002, p. 18).

416 Valiente Aresio (2002, p. 18).

417 Valiente Aresio (2002, p. 19).

de la sana crítica (art. 40), ya que la Carta Orgánica Emberá-Wounaan, que establece este principio fue sancionada en abril de 1999 (art. 123)⁴¹⁸.

Artículo 40 de la Ley que creó la Comarca Ngöbe-Buglé:

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 artículo 15 de la ley que creó la Comarca Emberá, con respecto a ese tema menciona:

En la Comarca Emberá habrán juzgados Comarcales con categoría de juzgados Municipales. En las mismas condiciones existirán Agencias del Ministerio Público. Los jueces y Agentes del Ministerio Público que se designen en la Comarca tendrán como superiores jerárquicos a los jueces y Fiscales de Circuito de la Provincia de Darién. El nombramiento del personal de los juzgados y agencias del Ministerio Público se hará de acuerdo con la organización judicial establecida en todo el país.

Es importante tener en cuenta, que no existe un Derecho consuetudinario indígena uniforme, sino cada pueblo indígena tiene su propio derecho. Sin embargo, dentro de los rasgos en común, se destaca la noción y el valor “comunidad” por encima del de los integrantes, de modo que cada ser individual es entendido como miembro de la comunidad.

La Ley 34 del 25 de julio de 2000 creó la Comarca Kuna de Wargandi, esta ley reconoce el derecho a la propiedad colectiva de las tierras, sin perjuicio de los derechos que tenían terceros sobre estas con anterioridad a la ley⁴¹⁹. Admite que la máxima autoridad de la Comarca es el Congreso General, cuyas resoluciones son de cumplimiento obligatorio⁴²⁰. Indica que en la resolución de los conflictos se considerará la realidad cultural de las comunidades indígenas. Se regula el derecho a la educación intercultural bilingüe, el reconocimiento de la religión y de la medicina tradicional, la que debe considerarse para la prevención y curación de las enfermedades⁴²¹.

En cuanto a la garantía del patrimonio cultural de los indígenas tiene gran importancia la Ley No. 20 del 26 de junio de 2000, que regula el “Régimen Especial de Propiedad In-

418 Valiente Aresio (2002, p. 19).

419 Valiente Aresio (2002, p. 20).

420 Valiente Aresio (2002), p. 20).

421 Valiente Aresio (2002, p. 20).

telectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas”. Dispone la misma en su artículo primero:

Esta Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social.

En su artículo 2 establece:

Las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas, forman parte de su patrimonio cultural; por lo tanto, no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, tales como derecho de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas. Sin embargo, se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente con base en la legislación sobre la materia.

En cuanto al desarrollo de dependencias en el ámbito del Poder Ejecutivo, se observa que el Ministerio de Gobierno y Justicia mantiene una Oficina de Política Indigenista, la que tiene por misión:

“Lograr un pleno desarrollo social y comunitario en las comarcas y poblaciones indígenas, impulsando un desarrollo humano por vía de la participación y promoción de equidad, fortaleciendo la institucionalidad de sus estructuras organizativas, garantizando el respeto a su cultura y el derecho a tener una vida digna”⁴²². La visión de esta oficina es: “Mantener los conocimientos indígenas, con los valores culturales rescatados, como un capital social, autoestima de las personas, grupos y comunidades fortalecidos, al igual que todas las autoridades con un pueblo en óptimas condiciones de vida”⁴²³.

En lo atinente al acceso a la justicia estatal por parte de los indígenas se ha criticado que:

Debido a que muchos indígenas no tenían un dominio adecuado del español, con frecuencia malinterpretaban sus derechos y no utilizaban los canales legales cuando se

422 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/index.html>.

423 Ministerio de Gobierno y Justicia, <http://www.gobiernoyjusticia.gob.pa/dnpi/index.html>.

veían amenazados. El gobierno no proporcionó tribunales legales en áreas indígenas y no atendieron problemas específicos en cuanto a los derechos de propiedad y uso de recursos. La comarca Kuna de Madurgandí se quejó de invasiones por poblaciones que estaban desforestando sus tierras. Los Ngöbe estuvieron amenazados por la ubicación aislada de su comarca, la invasión por parte de pobladores y la pobreza generalizada. Los Emberá-Wounaan lucharon por proteger la propiedad intelectual con respecto a sus plantas medicinales⁴²⁴.

Ejercicios de evaluación

- 2) Indique si dentro de su comunidad existe alguna instancia que resuelva asuntos judiciales relativos con las personas o pueblos indígenas.
- 3) Indique los países que han ratificado el Convenio 169 de la OIT.

Caso a resolver

Una comunidad indígena se ha opuesto a una explotación minera dentro de su Comarca, por considerar que se causa un gran daño ecológico, afectándose la relación que tiene la comunidad con la tierra, de acuerdo con su cosmovisión. Sin embargo, el Estado ha autorizado la misma. ¿Qué acciones judiciales puede hacer la comunidad? Podría reclamarse a través de los recursos que se prevén por quebranto de derechos constitucionales o derechos humanos (por ejemplo amparo por violación de normas constitucionales, proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, etc.)? En caso afirmativo haga un recurso fundamentando su reclamo. Independientemente de si considera que procede o no presentar el reclamo en esta vía, ¿cree usted que Comunidad Indígena lleva razón en su reclamo? ¿Si usted fuera juez cómo resolvería el reclamo?

424 Embajada de los Estados Unidos de América en Panamá (2007, p. 43).