

C-297

Panamá, 30 de septiembre de 2002.

Honorable Legislador
ENRIQUE MONTEZUMA M.
Legislador de la República
Circuito 4-4
Asamblea Legislativa
E. S. D.

Señor Legislador:

En uso de las facultades concedidas por los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, procedo a dar respuesta a su nota s/n de 5 de septiembre de 2002, ingresada el día 9 del mismo mes y año, y en la cual nos consulta sobre el "derecho que tienen los Congresos Indígenas como instituciones de representación indígena para percibir del Estado Panameño, a través del Presupuesto General del Estado partidas para el funcionamiento del Congreso y obras de inversión en las Comarcas Indígenas".

I- **Opinión legal sobre la viabilidad del Anteproyecto "por el cual se establece el derecho de los Congresos Indígenas a percibir del Presupuesto General del Estado las partidas de funcionamiento e inversión en las Comarcas Indígenas."**

El Estado panameño ha iniciado pasos significativos para su organización política de acuerdo a su realidad intercultural, lo cual ha dado lugar a la creación de instituciones públicas encargadas de velar por la seguridad y el ejercicio efectivo de los derechos humanos individuales y colectivos de sus miembros.

En ese sentido, se han creado instituciones gubernamentales con las tareas de desarrollar planes y programas del gobierno previamente acordadas para el beneficio de todos los panameños. Para los Pueblos Indígenas se le a dado el reconocimiento a los Congresos Indígenas encargados de velar por el desarrollo de las Comarcas Indígenas.

Los Congresos Indígenas han venido trabajando a través de sus Cartas Orgánicas y resoluciones, la autonomía en sus territorios. Este desarrollo legal a nivel interno

de las Comarcas Indígenas ha establecido disposiciones de derecho público que otorga en el ámbito administrativo de los Congresos y autoridades indígenas pautas en su actuar. Sin embargo, se observa en los últimos años una resistencia por parte del Ejecutivo a reconocer no sólo la capacidad de administración de las autoridades indígenas sino además dotarlos de los recursos del Presupuesto General del Estado, para el cumplimiento de los mandatos establecidos en sus ordenamientos internos, reconocidos por el Estado de acuerdo al orden constitucional existente.

El derecho de los pueblos indígenas a que le sean respetados sus derechos humanos colectivos se conculca con las limitaciones establecidas por el ejecutivo al no proveer a sus autoridades de mecanismos y recursos para el cumplimiento de lo establecido en sus legislaciones internas, lo que se traduce en prácticas discriminatorias hacia los Pueblos Indígenas tanto en el marco de los convenios internacionales como en la legislación interna.

II. Capacidad de administrar los recursos del Estado

Los recursos de los territorios de los Estados tradicionalmente han sido administrados por los gobiernos establecidos de acuerdo al régimen constitucional existente. Por consiguiente, definen a nivel nacional las inversiones públicas a fin de cumplir con los requerimientos del Estado para con sus ciudadanos. Por otro lado, la capacidad de administración y control de los fondos públicos ha significado la contratación de funcionarios para la ejecución de proyectos definidos por el gobierno.

Esta capacidad de administrar los fondos públicos ha sido reconocida a entidades públicas que tienen un fin específico como salud, educación, vivienda, las cuales están centralizadas por el Poder Ejecutivo a través de los Ministerios y a la potestad constitucional que les reconoce su capacidad de administrar los recursos económicos asignados.

III. Marco Constitucional

En el ámbito constitucional, el Estado Panameño se divide en tres órganos, el Ejecutivo, Legislativo y Judicial los cuales trabajan separadamente pero en armónica colaboración. (Artículo 2 de la C. P.)

Su capacidad de gestionar viene desarrollada en los títulos de la Constitución Política, pero además en el régimen presupuestario, se observa en el Título IX, el marco operativo del presupuesto. La elaboración esta en manos del Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo lo examina, modifica, rechaza o aprueba. (Art. 264). No obstante, por disposición constitucional la Contraloría General de la

República de Panamá está facultada para realizar la fiscalización y control de las cuentas nacionales (Art. 275 de la C. N.)

El artículo 3 de la Constitución Política establece una división política administrativa en el territorio nacional pero a su vez, establece otras divisiones políticas en razón de regímenes especiales o conveniencia administrativa o de servicio público. En ese sentido, se deduce que las Comarcas Indígenas están contenidas dentro de estas divisiones y de manera directa hace referencia a las mismas, en sus subsiguientes artículos 86, 141 etc.

El artículo 86 de la Carta Política, establece que el Estado reconoce y respeta la entidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendiente a desarrollar sus valores materiales, sociales y espirituales propias de cada cultura. El artículo 123, garantiza la reserva necesaria de las tierras indígenas y la propiedad colectiva para el logro de su bienestar económico y social.

De la lectura de las normas constitucionales, no se extrae alguna que haga alusión directa a las Comarcas Indígenas en cuanto a su capacidad de percibir recursos del Estado, pese a que existen señalamientos indirectos que llevan a concluir que les asiste el derecho, debido a que por mandato constitucional se reconocen las comarcas indígenas y por otro lado, hacen un reconocimiento a las entidades étnicas, costumbres, tradiciones y valores propios de la cultura.

Así, pues, a nivel constitucional existe claridad de que las Comarcas Indígenas como entidades territoriales tienen el pleno derecho a participar dentro del Presupuesto General del Estado tanto en inversiones públicas como en funcionamiento a través de sus autoridades indígenas. No obstante, quien ejerce ese derecho es el Órgano Ejecutivo.

IV. Marco Legal

Mediante Ley 22 de 1983 se crea la Comarca Emberá", y en su artículo 7 establece:

"La Comarca Emberá queda sujeta, en cuanto a su administración, a lo que disponga la Constitución Nacional, las leyes y las disposiciones que adopte el Congreso General de la Comarca las cuales serán ejecutadas por los gobiernos municipales y los organismos estatales que instituyan en la misma. (El subrayado es nuestro) El artículo 10 instituye como máximo organismo tradicional de decisión y expresión dentro del territorio al Congreso General Emberá. Además del Cacique General como primera autoridad tradicional del Pueblo Emberá cuyas funciones serán desarrolladas por la Carta Orgánica.

El artículo 14, establece que habrá un Jefe de la administración comarcal que se denominará **Gobernador Comarcal**.

Por último, en cuanto al Presupuesto, el artículo 16 de la referida ley establece:

El gobierno nacional garantizará dentro del Presupuesto Nacional las partidas necesarias para la administración, inversiones y desarrollo integral de la Comarca Emberá las cuales se utilizarán de acuerdo a los planes y programas elaborados por las entidades correspondientes en coordinación con las autoridades indígenas. (Subrayado nuestro).

Por otro lado, establece que la Comarca Emberá a través de sus Órganos Competentes, promoverá y ejecutará proyectos de desarrollo integral para las comunidades.

De las normas legales reproducidas en la Ley 22 de 1983 se puede observar que aparentemente la administración pública de la Comarca Emberá corre por cuenta de la administración del Gobernador Comarcal y otras autoridades representantes del gobierno central. Sin embargo, la figura del Gobernador Comarcal, alcaldes y representantes tienen un accionar limitado de acuerdo a la legislación administrativa y la ley 105 y 106 en cuanto a su capacidad administrativa dentro de la Comarca y sus facultades establecidas en las leyes que las crean.

El Decreto Ejecutivo N°.84 de 9 de abril de 1999, al referirse a la administración de la Comarca señala lo siguiente:

- a) La administración de la Comarca Emberá- Wounaan será ejercida por las autoridades y organismos tradicionales y las autoridades y organismos gubernamentales, de acuerdo a lo establecido en esta Carta Orgánica, la Ley 22 de 1983 y lo que disponga el Congreso General. (Art.11)
- b) Garantizar la participación del pueblo Emberá-Wounaan en el desarrollo de la Comarca, a través de sus organismos y autoridades tradicionales (Art. 14.2)
- c) Son atribuciones del Congreso General: Definir, formular, diseñar, impulsar y promover políticas de desarrollo cultural, social y económico de las comunidades fundamentales en la sostenibilidad, la protección de los recursos naturales y el ambiente, teniendo en cuenta la cultura Emberá-Wounaan. De igual manera, promoverá la coordinación con el Consejo de Coordinación Comarcal y las Autoridades Nacionales, para favorecer el desarrollo y adecuado funcionamiento de la Comarca. (Art.15-1,17).
- d) La Junta Directiva será la responsable de la administración del patrimonio del Congreso, y tomará las medidas necesarias para el mejor manejo del haber social. Dentro de sus funciones está la dirigir el desarrollo de los planes, programas y proyectos del Congreso.

- e) El Congreso General Emberá-Wounaan establecerá la Administración General, con el fin de implementar y poner en marcha todos los acuerdos, resoluciones, planes, programas y proyectos emanados del Congreso General y de los Congresos Regionales y para la efectiva coordinación con las instituciones públicas. (Art. 60 y 62) Organizar, coordinar y dirigir todos los programas, proyectos y actividades que apuntan al mejoramiento y desarrollo social, económico y cultural del pueblo Emberá-Wounaan, que implementará a través de las direcciones de trabajo.
- f) La administración pública de la Comarca estará a cargo del Gobernador Comarcal, que en conjunto con el Cacique General de la Comarca, promoverá y proyectará los planes de desarrollo para la misma.
- g. La administración pública de la Comarca estará a cargo del Gobernador Comarcal, que en conjunto con el Cacique General de la Comarca, promoverá y proyectará los planes de desarrollo para la misma.

V- Conclusión

- Las Comarcas Indígenas, como instituciones jurídicas reconocidas por la Constitución y la ley han venido representando la forma más adecuada de desarrollo de los Pueblos Indígenas de Panamá. La participación de los Pueblos Indígenas dentro del Presupuesto General del Estado es ínfima por falta de desarrollo de las normas de administración de la Comarca que hoy día persisten.
- En la actualidad existen normas constitucionales que reconocen a las Comarcas Indígenas como divisiones políticas del Estado Panameño y a los Congresos Indígenas como organismos de administración de las mismas a través de sus organismos internos de administración y conforme lo disponen sus Cartas Orgánicas.
- Existe un vacío en cuanto a la compatibilidad de las normas públicas del Estado frente a las normas administrativas del Congreso lo que pareciera no establecer un mecanismo directo de administración, ejecución e implementación de los proyectos de desarrollo de las comarcas, lo cual explica el grado de falencias de los proyectos de desarrollo llevado por el Estado.
- En la actualidad es jurídicamente posible que la capacidad de administrar y ejecutar proyectos de desarrollo se de a través del Consejo de Coordinación Comarcal por parte del Congreso es lo más viable hasta tanto se desarrollo un legislación clara sobre la materia.

VI- Criterio de la Procuraduría de la Administración

Como cuestión previa, nos permitimos revisar brevemente algunos aspectos constitucionales y legales, para responder a la interrogante y ofrecer nuestras recomendaciones.

Preámbulo

Consabido es que nuestros pueblos indígenas ocupan un sitio importante en nuestra nación, y que los mismos, se encuentran en un proceso de autodesarrollo de sus pueblos, comunidades y organizaciones tradicionales dentro del marco de sustentabilidad de su propia identidad; en el ámbito Constitucional y Legal se establecieron disposiciones cónsonas con sus realidades a fin de que estos conservarán sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

➤ A nivel Constitucional

El artículo 5 de la Constitución Política establece que "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." (Destacado de la Procuraduría).

La división política del territorio del Estado Panameño, no implica una minimización del sistema centralista. La misma, constituye una distribución del poder del Estado, conforme a la división territorial, y que según la Ciencia Política, da asidero para la distribución de los gobiernos unitarios y federalistas. El hecho de que dentro del Estado Panameño, exista un gobierno unitario, se pone en evidencia mediante esta misma Constitución, la cual confiere a órganos centrales tales como: Legislativo, Ejecutivo y Judicial esta asignación; sin embargo, también consagra la autonomía municipal.

Más que la distribución constitucional del poder con base a una división territorial, el gobierno unitario, como el nuestro, se caracteriza por la supremacía del gobierno central sobre los locales. En otros términos, el poder se ubica en el gobierno nacional, el cual de manera voluntaria, puede desprender una fracción de dicho poder, otorgándole cierta autonomía, o un régimen especial, a estas Comarcas a fin de generar un mayor provecho administrativo, o en virtud de lograr beneficios para una comunidad local o regional determinada, en el contexto de la ejecución de una función pública, entendida esta, como: "toda actividad dirigida a la realización del interés común correspondiente al Estado o a cualquiera otra corporación pública." ¹

El Artículo 86 de la Constitución Política, reafirma los derechos de los pueblos Indígenas. Dicho artículo es del siguiente tenor:

"Artículo 86. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará

¹ FUENTE MONTENEGRO; Luis. Constitución Política de la República de Panamá 1972. Edición 1993, publicaciones jurídica de Panamá. Pág. 110 y 111.

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 para la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.”

La norma bajo examen, establece tres aspectos interesantes a destacar: el primero, relativo al reconocimiento de la identidad étnica de las comunidades indígenas, con la cual se plantea intrínsecamente el reconocimiento de minorías étnicas en el país; segundo, sobre la potestad del Estado a realizar programas que promuevan el desarrollo de esas minorías; y en último lugar, la creación de una institución para el estudio, conservación y desarrollo de esas comunidades indígenas.

Es importante recalcar, que todos los pueblos tienen derecho a la autoexistencia y autorrealización. Tienen el derecho incuestionable e inalienable a la autodeterminación como pueblo, tal como lo preceptúa el artículo 86 de la Carta Fundamental, y por tal razón, a un desarrollo económico, social, cultural y espiritual como pueblos indígenas que libremente eligen sus políticas a seguir.

Recogiendo un poco el sentir de lo antes comentado, los artículos 120 y 123 de la Carta Política disponen una protección especial no sólo de las comunidades campesinas sino indígenas y disponen cómo se pueden conformar. A continuación citamos, el texto de los artículos 120 y 123:

“Artículo 120. El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional.”

“Artículo 123. **Reserva de las tierras de comunidades indígenas.** El Estado garantiza 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 social. La Ley regulará los procedimientos que deben seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.

En términos generales, por la asepsión “reserva” se entiende la guarda que se hace de una cosa o bien, más concretamente al sentido que aplica la norma, se hace referencia a una circunscripción geográfica que el Estado

debe reconocer mediante decisión legislativa, con el propósito de que se le atribuya de modo privativo a las minorías aborígenes, un área de población y convivencia pacífica, cónsono con sus tradiciones y demás costumbres. Dentro de las reservas indígenas establecidas en Panamá, se destacan la del área de San Blas, perteneciente a los cunas, y a la del área de Darién, conocida como Comarca Embera

El artículo en estudio, enfatiza que las reservas se orientan al "logro del bienestar socio-económico de los indígenas, no obstante, la figura de la reserva implica la delimitación de límites o fronteras, el reconocimiento de gobiernos locales semi-autónomos y el establecimiento de programas especiales de desarrollo. La norma, al igual que la precedente, plantea el concepto de la propiedad colectiva, que según Novoa Monreal, su "dominio pertenece a toda la colectividad, pero que para los fines de su aprovechamiento está bajo la tuición del Estado. El mismo autor, indica además, que este tipo de propiedad, puede darse sin perjuicio de las formas de propiedad cooperativa."²

Esta concepción proteccionista del Estado, está enfilada en el deber de promover y proveerle a los campesinos e indígenas, un acceso progresivo sobre el suelo, como también los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, crédito, comercialización, asistencia técnica entre otros. Ello con el propósito de optimizar los niveles de ingreso y la calidad de vida material e intelectual de los diferentes pueblos indígenas; ahora bien, la protección del Estado debe ser en general, sin exclusión o acepción de personas, por lo que lógicamente se incluye tanto a los campesinos como a los indígenas, quienes tienen el derecho inalienable e incuestionable de explotar sus tierras y recursos naturales y de participar en una vida económicamente activa como el resto de los demás ciudadanos de nuestro país.

En ese orden de ideas, vemos enfocado el reconocimiento de estos derechos a otros indígenas como son los Madungandí, mediante Ley Nº24 de 12 de enero de 1996, la cual crea la Comarca Kuna Madungandí; Los Ngöbe-Buglé a través de la Ley Nº. 10 de 7 de marzo de 1997 que les reconoce como Comarca y los Emberá por medio de la Ley 22 de 8 de noviembre de 1983 "por la cual se crea la Comarca Emberá de Darién".

² Op.cit pág.131.

Ahora bien, es oportuno destacar que si bien el Estado debe proveer a las Comarcas Indígenas, y pueblos campesinos, estos derechos a mantener su identidad y demás prerrogativas constitucionales, debe tenerse presente que su desarrollo estará sujeto a las normas Constitucionales y Legales de nuestro país, y no puede obviarse el trabajo mancomunado o coordinado que debe existir en todos los niveles de actuación administrativa entre las diferentes instituciones públicas y organismos tradicionales así como de las autoridades indígenas.

➤ A nivel Legal

El Decreto Ejecutivo N°.84 de 9 de abril de 1999 "por el cual se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Emberá-Wounaan de Darién dispone en su artículo 3, que las normas contenidas en esta Carta tienen como finalidad reafirmar la participación del pueblo Emberá-Wounaan en el desarrollo de la Comarca y el fortalecimiento de sus organismos y autoridades tradicionales, así como la coordinación y relación armónica y funcional con las autoridades elegidas y representaciones de las instituciones del Estado.

De igual manera, el Título III sobre " Gobierno y Administración de la Comarca" establece en su artículo 11 que la administración de la Comarca Emberá-Wounaan será ejercida por las autoridades y organismos tradicionales y las autoridades y organismos gubernamentales, de acuerdo a lo preceptuado en la Carta Orgánica, Ley 22 de 1983 y lo que señale el Congreso General.

Finalmente el artículo 12 de la citada Carta, en su párrafo segundo, establece que los organismos tradicionales, municipales y estatales en la comarca deberán trabajar en armónica colaboración, tal cual lo establece la Carta Orgánica y la ley 22 de 1983.

El artículo 15 numeral 17, dispone que dentro de las atribuciones del Congreso General está la de promover la coordinación con el Consejo de Coordinación Comarcal y las Autoridades Nacionales, para favorecer el desarrollo y adecuado funcionamiento de la Comarca.

Por otro lado, el artículo 88 del decreto N°.84 de 1999, preceptúa que el Congreso General será el órgano responsable de definir, diseñar y promover políticas de desarrollo social, económico y cultural del pueblo Emberá-Wounaan, en estrecha colaboración con las entidades públicas instituidas en la Comarca. Para tal fin, contará con la Dirección de Planificación que será la responsable del planeamiento, asesoramiento, divulgación y coordinación de los planes, programas y proyectos emanados del Congreso General y de los Congresos Regionales.

El artículo 94, establece que los ingresos dentro de la Comarca, se clasificarán de la siguiente manera:

A. Ingresos Comarcales:

1...

- B. Ingresos Gubernamentales: Son aquellos ingresos destinados por el Estado para la Comarca, administrado por las instituciones públicas instituidas en la misma.

Se extrae de las normas Constitucionales y Legales que el Estado se encargará de promover y garantizar a las comunidades indígenas todo lo relacionado con las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social.

Sin alejarnos del tema y dar contestación a su interrogante, nos avocaremos al contenido de los artículos 16 y 17 de la Ley 22 de 8 de noviembre de 1983, para mayor aclaración.

“Artículo 16. El Gobierno Nacional garantizará dentro del Presupuesto Nacional las partidas necesarias para la administración, inversiones y desarrollo integral de la Comarca Emberá, las cuales se utilizarán de acuerdo a los planes y programas *elaborados por las entidades correspondientes en coordinación con las autoridades indígenas.*

Artículo 17. La Comarca Emberá, a través de los organismos competentes, promoverá, planificará y ejecutará proyectos de desarrollo integral para las comunidades. Para estos efectos ***las autoridades comarcales solicitarán al Gobierno Nacional la asistencia técnica y financiera necesaria para crear los medios de comercialización de la producción agropecuaria, industrial y artesanal.***”

De los textos reproducidos se extrae, que el Gobierno Nacional garantizará dentro del Presupuesto Nacional las partidas necesarias para la administración, inversiones y desarrollo de la Comarca Emberá, estas partidas se utilizarán para los programas y planes que elaboren las entidades correspondientes en coordinación con las autoridades indígenas, esto implica que la norma no hace referencia, a que el Gobierno Nacional asignará a los Congresos Nacionales partidas para la elaboración de programas y proyectos para la Comarca, muy por el contrario su participación en la disposición de estos ingresos debe ser coordinada con las autoridades o entidades públicas institucionalizadas dentro de la Comarca Emberá.

De allí que el artículo 17 de la Ley 22 de 1983, disponga que quien solicite esta asistencia técnica y financiera sean las autoridades Comarcales al Gobierno Nacional para la promoción, planificación y ejecución de los proyectos de desarrollo integral para las comunidades.

Cabe destacar que la participación de todas las autoridades en el desarrollo integral de los Pueblos Indígenas en esta materia tanto a nivel Constitucional como Legal, deben ser en armónica colaboración.

El Convenio Constitutivo del Fondo para el desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe aprobado por ley 145 de 1994, a modo de ejemplo señala en su artículo 1, que para lograr el desarrollo de los Pueblos Indígenas en todos sus ámbitos, debe proveer una instancia de diálogo o coordinación para alcanzar la concertación en políticas de desarrollo, operaciones de asistencia técnica, programas y proyectos de interés para los Pueblos Indígenas, con la participación directa de los Gobiernos de los Estados de la región, Gobiernos de otros Estados, instituciones públicas, organismos proveedores de recursos y los mismos Pueblos Indígenas.

En conclusión, este despacho es de opinión que mientras la ley 22 de 1983 y el Decreto Ejecutivo N°.84 de 9 de abril de 1999, disponga en sus artículos que el Gobierno Nacional garantizará las partidas necesarias para la administración, inversiones y desarrollo integral de la Comarca Emberá, las cuales utilizará para planes y programas elaborados por las entidades públicas correspondientes en coordinación con las autoridades indígenas, se seguirá el procedimiento legal establecido en los artículos 16 y 17 de la Ley 22 de 1983, para su asignación.

No obstante, si lo que se quiere es que el Congreso Nacional, sea el que directamente administre estas partidas para el desarrollo de los planes y programas de la Comarca Emberá, deberá modificarse la ley 22 de 1983 y el Decreto Ejecutivo N°.84 de 1999.

Con la pretensión de haber aclarado su solicitud, me suscribo de usted, con mi más alta consideración y respeto.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.