

C-No.327

Panamá, 30 de octubre de 2002.

Honorable Legislador

ENRIQUE GARRIDO

Presidente de la Comisión de Asuntos Indigenistas

Asamblea Legislativa

E. S. D.

Señor Presidente:

Por mandato del artículo 217, numeral 5 de la Constitución Política, y el artículo 6, numeral 1 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, acuso recibo de su Nota AL/CAI/Nº.087 de 26 de septiembre de 2002, por medio de la cual nos solicita opinión respecto al "***Anteproyecto de Ley N°. 39 "mediante el cual reconoce y se desarrollan los derechos de los Pueblos Emberá y el Pueblo Wounaan de Tierras Colectivas (Emberá Bedea Drúa /Maach Dür Hiek)***".

Observaciones de la Procuraduría de la Administración al Anteproyecto de Ley N°.39 de 2002.

Antes de ofrecer nuestras observaciones al Anteproyecto de Ley 39 en comento, consideramos oportuno hacer algunas apreciaciones respecto al tema del reconocimiento de tierras o propiedades colectivas como derecho fundamental que consagra la Carta Política a favor de los pueblos indígenas, para estos efectos, los Pueblos Emberá - Wounaan.

Antecedentes

"Los pueblos Indígenas Emberá, Wounaan y Kunas han ocupado la región Oriental de Panamá desde antes de la Creación de la República. Estos pueblos han desarrollado su relación con la tierra, íntimamente involucrado con el desarrollo de su cultura, costumbre y tradiciones.

A partir de esa cosmovisión, se fueron erigiendo instituciones jurídicas como pueblos indígenas, territorio indígenas, propiedad colectiva, uso y usufructo de los recursos naturales y la propiedad colectiva indígena.

En la región del Darién el aseguramiento de los derechos de los Pueblos Indígenas **no ha tenido un adecuado desarrollo** a pesar de que la exigencia de los derechos de propiedad colectiva sobre la tierra se originan desde 1960.

Con la creación de la Comarca Emberá en noviembre de 1983, mediante la Ley N°.22, se reconoció un 50% de derechos colectivos indígenas, quedando más de 46 comunidades Emberá-Wounaan y Kuna sin protección legal de sus tierras.

Estas comunidades indígenas al quedar fuera de la división política especial contenida en la legislación vigente, se organizan en el Congreso General de Tierras Colectivas Emberá-Wounaan, cuyo mandato principal es lograr la titulación colectiva de sus territorios tradicionales.

En el proceso histórico de colonización, al ponerse en contacto los indígenas con los colonizadores, existe inmediatamente una confrontación en cuanto a la estructura ya establecida y la traída de Europa, mediante un modo de producción superior existente en las regiones de América, transformando así la sociedad indígena. Sin embargo, este fenómeno de descomposición no destruyó en totalidad las costumbres colectivas, la organización política y religiosa, lengua, indumentaria, relaciones igualitarias y ciertas formas de producción y trabajo basadas en la cooperación y ayuda mutua. (BLANCO MUÑOZ, Freddy E. "Políticas Indigenistas en la Constitución Panameña. Anuario de Derecho N° 13, edit Continente S. A., Panamá, 1984 p. 114-117)

Sobre este tema de "los derechos específicos de los pueblos indígenas" es oportuno hacer referencia a los enunciados en el "Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas", celebrado en septiembre de 1998, en la República de Guatemala, y comentados por Arturo S. Bronstein, los cuales pasamos a mencionar:

1. Propiedad y tenencia de la tierra.

Para la cultura indígena la tierra ancestral es fuente de vida y es parte esencial de su identidad; por esa razón la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y **no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos.**

2. Derecho al territorio.

Considerado como un espacio geográfico dentro del Estado, en cuyo interior el pueblo indígena que lo habita organiza su vida y su administración conforme a sus tradiciones y valores. El territorio también es definido como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

3. Derecho a la protección de los recursos naturales.

Este derecho es reclamado por razón de las invasiones de que son objeto, cuyo resultado es el despojo de sus recursos naturales. En muchos casos el hábitat de numerosas comunidades indígenas ha sufrido daños irreparables, siendo responsables de la destrucción del modo de vida las empresas de exploración y explotación.

Precisamente, el Convenio 169 de la OIT sintetiza el sentir de los pueblos indígenas sobre este tema, al expresar que:

a) Los derechos de los pueblos a los recursos naturales existentes deberán protegerse especialmente. Ello comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

b) **En caso de que el Estado tenga derechos sobre los recursos naturales existentes en tierras indígenas, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a**

consultar a los pueblos indígenas, con la finalidad de determinar si los intereses de estos grupos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de explotación. De igual forma, **los pueblos indígenas deberán tener participación en los beneficios que reporten tales actividades y percibir cualquier indemnización equitativa por razón de los posibles daños que pudieran sufrir como resultado de esas actividades.**

4. El derecho a la identidad de la cultura indígena.

Como ya lo hemos señalado, los textos constitucionales recientes de los países latinoamericanos, propugnan por el reconocimiento de la cultura indígena. En esa misma dirección, el Convenio 169 de la OIT contempla lo siguiente:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente.
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

Vale destacar que el Estado es responsable por los temas indígenas, y como tal debe llevar a cabo los estudios técnicos y reglamentarios correspondientes al acceso a la tierra colectiva y a las áreas comunitarias de origen sobre las cuales las comunidades indígenas han permanecido históricamente a efectos de que estos puedan recibir sus títulos de propiedad colectiva.

El Convenio N°. 107 de la OIT, relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y Semitribuales en los países independientes” ratificado por nuestro país mediante Decreto de Gabinete N°. 53 de 26 de febrero de 1971”, que establece en su artículo 11, lo siguiente:

“Artículo 11. Se deberá reconocer el derecho a la propiedad, colectivo o individual, a favor de los

miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.

Artículo 13.

1. Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que se satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo económico y social.
2. Se deberán adoptar las medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan.

Artículo 14. Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de:

- a) La asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico;
- b) El otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.

Haciendo énfasis en la normativa copiada, se hace evidente que las formas de asignación de las tierras indígenas deben ser consideradas en los programas de titulación de tierras, una vez reglamentado por

ley, el desafío estratégico es claramente permitir a los pueblos indígenas beneficiarse de la modernización sin sacrificar su identidad cultural y su autodeterminación.

La consideración de demandas indígenas en programas o regularización de titulación de tierras colectivas viene propuestas por los artículos 86 y 123 de la Carta Fundamental que pasamos a transcribir.

El Artículo 86 de la Constitución Política, reafirma los derechos de los pueblos Indígenas. Dicho texto se lee así:

“Artículo 86. 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 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 (titulación de tierras y reconocimiento a la asignación de estas de conformidad con el Decreto de Gabinete N°. 76 de 1971, artículos 11 y s.s.); y por último lugar, la creación de una institución para el estudio, conservación y desarrollo de esas comunidades indígenas. No obstante, preocupa la omisión de que los pobladores de esas mismas comunidades no sólo gozarán de esos programas especiales, sino de aquellos que el Estado establezca en beneficio de todos los ciudadanos panameños, pues el hecho de haber sido declarados en minorías, no excluye a las comunidades indígenas de los derechos y prerrogativas que deben gozar como cualquier panameño. (Ibídem. p. 111)

Es importante recalcar, que todos los pueblos tienen derecho a la autoexistencia. Tienen el derecho incuestionable e inalienable a la autodeterminación tal como lo preceptúa el artículo 86 de la Carta Fundamental, y a su desarrollo económico, social, cultural y espiritual como pueblos indígenas que libremente eligen sus políticas a seguir. (Edgar Saavedra Rojas y Carlos Gordillo Lombana Derecho Penal Internacional Tomo I, Derechos Humanos, Edit. Jurídicas, Colombia, 1995 p. 529)

La Carta de Banjul sobre Derechos Humanos y De los Pueblos de junio 27 de 1981, en su artículo 21, señala que los pueblos tienen derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en exclusivo interés de los pueblos. Bajo ninguna circunstancia un pueblo será privado de él. De igual forma el artículo 22 de la citada Carta dispone que todos los pueblos tienen el derecho a su desarrollo económico, social y cultural con el debido respeto a su libertad e identidad y al disfrute igualitario del patrimonio común de la humanidad.

Recogiendo un poco el sentir de lo antes comentado, los artículos 120 y 123 de la Carta Política, establece una protección especial no sólo a las comunidades campesinas sino indígenas. Veamos:

“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.”

Esta concepción proteccionista del Estado, está enfocada en el deber de promover y proveerle a los indígenas, un acceso directo a las tierras, como a los servicios de salud, educación, vivienda, seguridad social, crédito, y asistencia técnica agropecuaria, entre otros. Primero, para que tengan ingresos que les permitan mantener un desarrollo sostenible que mejore la calidad de vida de los pueblos indígenas; segundo el aseguramiento de las tierras a través de sus respectivas titulaciones. Ahora bien la protección del Estado, debe ser en general, es decir, no sólo a los campesinos o comarcas indígenas reconocidas,

sino también a favor de los que representan las minorías ya que gozan del 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 esos derechos a otros indígenas como son los Madungandi, mediante ley N°24 de 12 de enero de 1996, la cual crea la Comarca Kuna Madungandi; Los Ngöbe - Buglé a través de Ley N°10 de 7 de marzo de 1997 que les reconoce como Comarca y los Emberá por medio de Ley 22 de 8 de noviembre de 1983 "por la cual se crea la Comarca Emberá de Darién". Sin embargo, si bien es cierto, que el artículo 2 de la citada ley, delimitó estos territorios y determinó que fueran de uso colectivo tanto en favor de los indígenas Emberá, como de los Wounaan, un grupo perteneciente a los Wounaan y Kuna, quedaron por fuera de esta Comarca, es decir, que más de cuarenta comunidades no han sido legalizadas, como tal, de allí, pues, el Estado de conformidad con la Carta Política está obligado a dar atención especial a todos los indígenas y garantizarle protección a efectos de que no queden desprovistos de esos derechos.

El artículo 123 de la Carta Política señala lo siguiente:

"Artículo 123 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 limitaciones correspondientes dentro de las cuales sé prohíbe la apropiación privada de tierras."

En términos generales, se desprenden dos puntos o acepciones de esta norma, la primera que guarda relación con la reserva indígena, entendiéndose por este concepto aquella protección que se tiene sobre un bien o cosa; más concretamente como nos comenta el jurista Luis Montenegro, el que se tiene sobre una circunscripción geográfica que

el Estado debe reconocer y proporcionar mediante decisión legislativa, a las áreas indígenas hoy sin titulación para garantizar su desarrollo y reproducir los aspectos sociales, económicos y culturales de su subsistencia consonó con sus tradiciones y demás costumbres.

La norma in examine, enfatiza que las reservas se orientan "al logro del bienestar socio-económico de los indígenas, no obstante, la figura de reserva implica delimitación de límites o fronteras, el reconocimiento de gobiernos locales semi-autónomos y el establecimiento de programas especiales de desarrollo. En cuanto a la segunda acepción, la norma claramente plantea la conveniencia administrativa de la propiedad colectiva, entendiéndose por la misma según Novoa Monreal, dominio que pertenece a toda la colectividad pero que para los fines de su aprovechamiento está bajo la tuición del Estado y el cual debe ser reglamentado bajo ley tal como plantea el artículo 123 de la Carta Política. (Cfr. Fuentes, Montenegro p. 131.)

A nuestra consideración el Estado debe garantizar estos derechos a favor de los indígenas, en materia no sólo de asignar las tierras o el reconocimiento formal de las tierras sino de proteger estos derechos mediante la correspondiente titulación bajo el respeto de los derechos de propiedad colectiva concedido mediante la reglamentación respectiva. El tema de los derechos especiales, de enfocarse a la prevención de toda discriminación y a la urgencia de corregir las injusticias del pasado por medio de medidas especiales que permitan el su acceso a las tierras por parte de los grupos indígenas.

El tema de capital importancia es que los grupos indígenas, para efectos EMBERA-WOUNAAN cuenten con los instrumentos legales, que le permitan crear sus propios patrones en el uso de sus tierras bajo sus propias costumbres e instituciones siempre y cuando no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas que se realice con las entidades públicas ejemplo ANAM, MIDA, como tampoco debe contradecir los lineamientos jurídicos mantenidos en la ley 22 de 1983.

OBSERVACIONES DIRECTAS A LAS NORMAS.

Comentario al Artículo 1:

En respaldo de esta normativa, este despacho sólo quiere señalar que los temas de identidad cultural y autodeterminación con relación al acceso o tenencia de las tierras es complejo. Algunos estudiosos sostienen que la tendencia de los países de Latinoamérica, esta enfilada a reconocer los derechos especiales o colectivos de tierras y de los recursos para las poblaciones indígenas así como aquellos grupos que por otras razones han quedado desprovistos o desprotegidos de una legislación que regule estos derechos ya reconocidos a través de la historia. Lo medular es la regularización de estas titulaciones y de los reconocimientos que por ley le asisten a los pueblos indígenas.

Artículo 5: La solicitud de Título Colectivo debe contener como requisitos mínimos lo siguiente:

- a. Plano o croquis del área objeto de la solicitud;
- b. Censo de la población del área
- c. Declaración del uso del área solicitada.

Agregar en el artículo 7, de este anteproyecto, las palabras ***posibles*** conflictos de tierras ***que puedan originarse en el futuro.***

Artículo 11. Realizada la inspección y resuelto el conflicto cuando exista, la Dirección Nacional de Reforma Agraria ordenará la mensura y delimitación de las tierras en coordinación con las autoridades tradicionales indígenas, se levantará el plano y procederá a emitir el título de propiedad colectiva correspondiente.

Esta norma tiene su razón, de ser toda vez que el artículo 102 de la ley 41 de 1 de julio de 1998 dispone que las tierras comprendidas dentro de las Comarcas y reservas indígenas son inembargables, imprescriptibles e inalienables. No obstante, **esta limitación no afecta el sistema tradicional de transmisión de tierras en las comunidades indígenas, por lo que de producirse cualquier conflicto se tendrán que valorar y examinar las normas**

constitucionales y legales sobre el efecto para dilucidar el conflicto.

De igual manera, esta norma se sustenta en la Ley 14 de 28 de octubre de 1976, la cual establece que en aquellos Estados donde existan "minorías étnicas", incluyendo a los Pueblos Indígenas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías la práctica de su religión así como tampoco de los recursos y elementos que ésta produce, renovales o no renovables que hacen parte de su universo espiritual y religioso es decir la madre tierra.(V. Artículo 27)

Artículo 20 del Capítulo V, debe añadirse después de impacto ambiental, *lo siguiente: el cual deberá ser realizado por la ANAM en coordinación con la comunidad y el Congreso General, tomando como base fundamental, los aspectos sociales, culturales y espirituales previo al inicio de la ejecución de la obra o proyecto.*

Artículo 22. Añadir en la parte final lo siguiente: *"con el apoyo de ANAM, MIDA y la Dirección Indigenista del Ministerio de Gobierno y Justicia.*

Artículo 23. En vez del término "apoyará" colocar la palabra "coordinará"

Artículo 27 del Capítulo VII sobre "Administración de justicia debe añadirse en un párrafo, lo siguiente:

"Las decisiones que adopten las autoridades serán respetadas por las autoridades administrativas y judiciales existentes en el país, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política y las leyes vigentes".

Con la pretensión de haber contribuido, con nuestros aportes jurídicos y doctrinales me suscribo del Honorable Legislador Presidente, Comisión de Asuntos Indigenistas de la Asamblea Legislativa, con las consideraciones y respeto de siempre, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/cch.