

18 de mayo de 2000.

Licenciada
MARIANELLA MARTINELLI
Directora Nacional de Política Indigenista
Ministerio de Gobierno y Justicia
E. S. D.

Licenciada Martinelli:

Acusamos recibo de su Nota-DNPI-74-00 de fecha 23 de febrero de 2000, y recibida en este Despacho el 31 de marzo del mismo año, mediante la cual nos consulta sobre lo siguiente:

1. "¿Se considera Acto Administrativo las Resoluciones proferidas por los Congresos Indígenas?"
2. ¿En el caso de la Comarca Ngobe-Buglé son Actos Administrativos las Resoluciones emanadas por los Encuentros Inter-Regionales de Dirigentes?"

Agrega Usted en su Consulta que su inquietud en conocer nuestra opinión surge por la incertidumbre jurídica que produjo la Resolución N°02 de 22 de enero de este año, emitida por el Encuentro Inter-Regional de Dirigentes, en la cual se designa al Cacique General de la Comarca Ngobe-Buglé.

Para los efectos de dar respuesta a sus interrogantes, se torna imprescindible analizar el concepto de "acto administrativo".

Para el tratadista GUILLERMO CABANELLAS, es:

"...la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas..."¹

En tanto que, RAFAEL BIELSA, en su obra Derecho Administrativo, nos dice que:

"...desde el punto de vista jurídico, la actividad administrativa, cualquiera sea la forma que asuma y los efectos que produzca, se concreta en hechos y actos administrativos..."²

Mas adelante, este mismo autor, en la obra citada, sostiene que en el acto administrativo uno de los sujetos, al menos, es de derecho público; luego, el objeto y la causa son de interés público; y en el régimen de formación, modificación y extensión, prevalece siempre la voluntad de la administración pública.³ Es decir, que el acto administrativo es un acto jurídico de derecho público.⁴

Este autor, también afirma que los elementos que caracterizan al acto administrativo son los siguientes:⁵

¹ Cabanellas, Guillermo. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo I. 16º Edición. Editorial Heliasta, S.R.L., pág. 133)

² Bielsa, Rafael. DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo 2. Editorial La Ley, Buenos Aires, 1980, pág.16.

³ Cfr.op.cit.pág16

⁴ Cfr.op cit.pág.17

⁵ Cfr. Op cit. págs.19-22

- a. Es una decisión.
- b. Es de carácter general, o de carácter especial o particular.
- c. Es emitido por una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones.
- d. Es necesario que la autoridad obre en ejercicio de sus "propias funciones"; que ejerza un poder inherente a su calidad de tal y que la función sea "administrativa" (competencia)
- e. El acto nace de la actividad jurídica de la administración pública y se dirige a producir efectos jurídicos.

Definitivamente, no dudamos que las Comarcas, creadas mediante Ley, constituyen divisiones políticas sujetas a regímenes especiales.

También reconocemos que la emisión de las Leyes que demarcan las diferentes Comarcas Indígenas constituyen un esfuerzo del Estado para darle contenido al artículo 86 de la Constitución Política, el cual establece que "...El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales..."

Sin embargo, antes de adentrarnos en el tema consultado, consideramos de suma importancia referirnos brevemente a la cuestión de la identidad indígena y la especificidad cultural.

Es conocido que desde tiempos muy remotos, específicamente, desde inicios del siglo pasado, los indígenas de América vienen luchando porque les sean reconocidos sus derechos. No obstante, no es sino hasta en las últimas décadas que las Constituciones de América Latina han reconocido la identidad étnica y la cultura propia de sus pueblos indígenas, reconocimiento que debería traducirse en la emisión de leyes que contemplen derechos concretos.

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:⁶

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

⁶ Bronstein, Arturo S. HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD Y DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: SÍNTESIS DE UNA EVOLUCIÓN Y TEMAS DE REFLEXIÓN. Alta Vista <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/estudios.htm>

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 interesados, 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.

5. El derecho a utilizar la propia lengua.

Las Constituciones de nuestros países por lo general guardan silencio sobre el tema, o bien confieren el carácter de idioma oficial a las lenguas indígenas dentro del ámbito de las respectivas comunidades. Sin embargo, la excepción a esta práctica lo constituye Paraguay, por cuanto que es el único país de América Latina que se reconoce oficialmente bilingüe, estableciendo que son idiomas oficiales el castellano y el guaraní.

6. El derecho a la consulta en la toma de decisiones que afectan a los pueblos indígenas.

Este tema también es recogido por el Convenio 169, previamente citado, el cual dispone que, "al aplicar sus disposiciones los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

Dentro del análisis de la presente Consulta hay un tema que no puede ser obviado para entender el sistema administrativo que rige dentro de las Comarcas, cual es la "autonomía del derecho indígena". Es decir, el derecho de los pueblos indígenas, valga la redundancia, a tener su propio derecho, dentro del estado nacional.

Este punto sensible, dentro del Estado de Derecho, merece especial atención, ya que dependiendo de como los gobiernos legislen, pudiéramos decir que se fortalecen las instituciones tradicionales o, por el contrario, se debilitan imponiendo un sistema de derecho positivo que les es totalmente ajeno.

Consideramos prudente citar al respecto, las reflexiones de **Arturo S. Bronstein**, en su artículo "**Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión.**"⁷

Veamos:

Este jurista parte de la siguiente interrogante: ¿Puede el orden jurídico del Estado aceptar la vigencia de un sistema de derecho indígena, paralelo al sistema de derecho consuetudinario a través de los cuales los pueblos indígenas y sus miembros ajustan su comportamiento y saldan sus litigios? En caso afirmativo, ¿qué

⁷ Bronstein, Arturo S. op cit.

alcances puede tener este orden jurídico paralelo, y a partir de qué punto éste deberá someterse a un sistema de derecho -y de control de la legalidad- de jerarquía superior?

Las reformas constitucionales recientes muestran cómo se va orientando progresivamente hacia la coexistencia de dos sistemas jurídicos, uno de ellos, el positivo, creado de arriba hacia abajo por el Estado, y el otro, el indígena, elaborado de abajo hacia arriba por los propios pueblos indígenas, sobre la base de los valores con los cuales se identifican.

Estudios sobre las costumbres jurídicas indígenas indican que el sistema de derecho consuetudinario es aceptado y respetado de facto por los pueblos indígenas aún en la ausencia de disposiciones legales o constitucionales del derecho positivo que le reconozcan efecto jurídico alguno. Por tanto, sólo resta que las constituciones políticas respeten esta realidad, reconociendo efectos legales al derecho consuetudinario indígena y estableciendo sus normas de cohabitación con el sistema de derecho positivo.

La autonomía de los pueblos indígenas en la aplicación del derecho consuetudinario no es ilimitada, ya que se acepta la cohabitación entre el derecho positivo del Estado y el consuetudinario de los pueblos indígenas, siempre y cuando éstos últimos no transgredan el ordenamiento jurídico nacional.

En ese sentido, el Convenio 169 de la OIT prescribe que los pueblos indígenas "deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

En relación a la autonomía del derecho indígena hay tres (3) posiciones o corrientes predominantes, la maximalistas, minimalistas e intermedias, de las cuales la primera y la segunda son las más discutidas.

Para los minimalistas la validez del sistema de derecho consuetudinario indígena estaría limitada a asuntos menores, de interés interno de la comunidad que podrían ser resueltos según principios y a través de procedimientos que mutatis mutandi serían semejantes a una justicia de paz lega.

En tanto que para los maximalistas, se podría maximizar la autonomía del derecho indígena, sobre todo cuando afecta relaciones internas entre los miembros de la comunidad interesada, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo.

La Corte Constitucional de Colombia respecto a este tema ha señalado que **no son todas las normas constitucionales y legales de derecho positivo que se imponen sobre el derecho indígena, pues si así fuera el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico**. Sin embargo, también estableció que ciertas normas constitucionales y legales sí deben tener primacía sobre el derecho consuetudinario indígena. Por tanto, el punto en cuestión consiste en identificar cuáles son concretamente aquellas reglas de derecho positivo que tienen primacía sobre el derecho consuetudinario, o puesto de otra manera, en identificar aquellas prácticas o instituciones de derecho consuetudinario a las que se negaría validez por motivos de incompatibilidad con la Constitución o la Ley.

Retomando el tema específico de la Consulta veamos si las Resoluciones proferidas por los Congresos Indígenas se consideran "actos administrativos".

Como es de todos conocido, en nuestro país existen cuatro (4) Comarcas Indígenas, demarcadas mediante Ley. La Comarca Indígena Kuna Yala, la Comarca Emberá-Wounaan, la Comarca Kuna de Madungandí y la Comarca Ngobe – Buglé.

Sobre la Comarca Kuna Yala:

La Comarca Kuna Yala, creada mediante Ley N°16 de 5 de febrero de 1953. En el artículo 12 de esta Ley, "...El Estado

reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a las infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las leyes penales del Congreso General Kuna, de los Congresos de los pueblos y tribus, y de las demás autoridades establecidas conforme a la tradición indígena y de la Carta Orgánica del Régimen Comunal Indígena de San Blas.

Sobre la Comarca Emberá:

La Comarca Emberá, creada mediante Ley N°22 de 8 de noviembre de 1983, establece en el artículo 10, "...que se instituye como máximo organismo tradicional de decisión y expresión del pueblo Emberá, al Congreso General de la Comarca, cuyos pronunciamientos se darán a conocer a través de Resoluciones suscritas por la Directiva del Congreso, las que entrarán en vigencia a partir de su debida promulgación. Igualmente se instituyen los Congresos Regionales y los Congresos Locales como organismos tradicionales de expresión y decisión. Se establece además, el Consejo de los Nokoes como organismo de consulta de Congresos y de los Caciques de la Comarca."

Posteriormente, mediante Decreto Ejecutivo N°84 de 9 de abril de 1999, se adopta la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Emberá-Wounaan de Darién. El artículo 13 de dicho Decreto Ejecutivo, establece que "el máximo organismo tradicional de decisión y expresión de la Comarca es el Congreso General".

También se establece en la Carta Orgánica, que la administración de justicia en la Comarca, ya sea en forma oral o escrita, conforme al derecho y costumbre Emberá y Wounaan, será ejercida por las autoridades tradicionales.

Sobre la Comarca Kuna de Madungandí:

La Comarca Kuna de Madungandí fue creada mediante la Ley N°24 de 12 de enero de 1996. Especifica el artículo 4 de dicha ley, que la Comarca Kuna de Madungandí constituye una división política especial; su funcionamiento, administración y

organización estarán sujetos a la Constitución Política de la República, al régimen especial de esta Ley y a la Carta Orgánica aprobada por el Organo Ejecutivo.

Esta Ley define que "...el Estado reconoce y garantiza la existencia del Congreso General como máxima autoridad tradicional, ya que constituye el organismo de expresión y decisión de la Comarca Kuna de Madungandí. Reconoce y garantiza, además, los Congresos regionales y locales de conformidad con su tradición y su Carta Orgánica. **Las decisiones que emanen de estos Congresos no deben ser contrarias a la Constitución Política ni a las Leyes de la República.**"

La Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Kuna de Madungandí fue adoptada mediante el Decreto Ejecutivo N°228 de 3 de diciembre de 1998.

El artículo 6 de este Decreto Ejecutivo establece que "...la Administración de la Comarca Kuna de Madungandí será ejercida por las autoridades y organismos tradicionales, de acuerdo a lo establecido en la Ley N°24 de 1996, la Carta Orgánica y lo que disponga el Congreso General.

En atención a lo anterior, se reconocen a las autoridades tradicionales como máxima expresión de decisión y autoridad, las cuales son: El Congreso Tradicional, El Congreso General, El Congreso Regional y el Congreso Local.

El Congreso General Kuna de Madungandí es el **máximo organismo tradicional administrativo de deliberación y decisión de la Comarca**, donde se discuten y analizan temas de índole interno y nacional. Sus decisiones serán de cumplimiento obligatorio para toda la Comarca.

Señala la Carta Orgánica de esta comarca que "...la administración de justicia es pública, expedita e ininterrumpida y es ejercida conforme se establece en las leyes de la República".

Sobre la Comarca Ngobe-Buglé:

La Comarca Ngobe–Buglé, la más reciente Comarca Indígena, fue creada mediante Ley N°10 de 7 de marzo de 1997. Esta Ley consagra en el artículo 17 lo siguiente:

“Artículo 17. El Estado reconoce la existencia del Congreso General de la comarca como máximo organismo de expresión y decisión étnica y cultural del pueblo ngobe-buglé. Reconoce, además, los Congresos Locales Comarcales para conservar y fortalecer las tradiciones, lenguas, culturas, la unidad e integridad de sus habitantes, para el desarrollo económico y social. Su organización y funcionamiento se regirá por las normas emanadas de la Constitución Política, la Ley y la Carta Orgánica.”

También establece esta Carta Orgánica que las decisiones y resoluciones emanadas de los Congresos, deben ajustarse a los principios constitucionales y a las leyes vigentes de la República, cuyo acatamiento es común para todos los ciudadanos panameños. En caso de lesiones a los derechos a terceros, dichas decisiones podrán ser recurribles por los afectados, de acuerdo con las normas legales establecidas en la Ley y cuyo procedimiento debe establecerse en la Carta Orgánica.

A su vez la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Ngobe-Buglé en el artículo 47 establece lo siguiente:

“Artículo 47: El Congreso General Ngobe-Buglé, es el máximo organismo normativo y de expresión étnica y cultural del pueblo Ngobe-Buglé, constituido

por las autoridades tradicionales, dirigentes y delegaciones debidamente acreditadas ante el congreso y se convoca cada cinco (5) años. Alternativamente en una de las tres (3) regiones.

Es oportuna la ocasión para comentar que nuestro país ha tenido una evolución positiva en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, lo cual se puede observar en la Ley que crea la Comarca Ngobe-Buglé, la cual recoge muchos de los derechos ya establecidos en el Convenio 169 de la OIT, el cual todavía no sido suscrito por la República de Panamá. Esta Ley coloca a Panamá como uno de los pocos países de América Latina que ha aceptado la demarcación de estos pueblos, como una forma para promover el desarrollo étnico y cultural de los mismos.

Después de esta breve exposición, la pregunta que surge es la siguiente:

¿Contienen las resoluciones emitidas por los Congresos Indígenas los elementos propios del acto administrativo?

A nuestro juicio, existen algunos elementos del acto administrativo que están presentes en los actos proferidos por los Congresos Indígenas, siendo ellos, por ejemplo, las decisiones, que las mismas son producto del ejercicio de sus funciones y pueden ser de carácter general, especial o particular. Sin embargo, está bien claro que el organismo que los dicta no forma parte de la Administración Pública. Es decir, que en términos generales las decisiones de los Congresos Indígenas contienen algunos elementos propios del acto administrativo, pero están ausentes otros, lo que nos obliga a definir que los actos adoptados por los Congresos Indígenas no son actos administrativos, tal como lo define y concibe el derecho positivo panameño.

Los Congresos Indígenas al no formar parte de la Administración Pública, tampoco son autoridades administrativas que ejercen funciones propias de la actividad jurídica de la Administración Pública.

Los Congresos Indígenas son máximos organismos de esos pueblos creados por un régimen jurídico especial, por lo que su fuerza de decisión y ejecución de sus resoluciones no nace de la Ley que los crea, sino de la fuerza del derecho consuetudinario indigenista. La Ley lo único que hace es reconocer la existencia de un derecho especial que subsiste en forma paralela al existente en el resto del país.

El régimen que crea la Comarca Ngobe-Buglé contiene normas especiales, las cuales son necesarias analizar, de manera que no haya duda en la apreciación arriba anotada.

Veamos:

Analizaremos el contenido de los artículos 52 y 130 de la Carta Orgánica Administrativa de la Comarca Ngobe-Buglé.

“Artículo 52: Las resoluciones emitidas por el congreso General son de obligatorio acatamiento, excepto si sus efectos se anulan por disposiciones de los **tribunales jurisdiccionales** por demanda debidamente promovida por terceros afectados. (negritas nuestras)

Artículo 130: Cumplidos los procedimientos establecidos en los artículos anteriores, cuando se violen los intereses legítimos de terceros, se interpondrán los recursos ante los **Jueces de Circuito.**” (negritas nuestras)

La primera norma citada no se refiere a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues esta no se ejerce por Tribunales Jurisdiccionales, sino por la Sala Tercera de la Corte como jurisdicción especial de lo Contencioso Administrativo.

Esta norma se refiere a los Tribunales de Jurisdicción Ordinaria que la propia Ley de la Comarca crea, tal como lo confirma el contenido del artículo 130 citado, que remite la interposición de los recursos ante los Tribunales de Circuito.

En nuestra opinión, las decisiones de los Congresos Indígenas sólo permiten los recursos de inconstitucionalidad, en aquellos casos en que alguna de las Resoluciones emitidas violen principios constitucionales.

Lo anteriormente afirmado también es aplicable a las Resoluciones de los Congresos Inter-Regionales.

Lo planteado constituye el control que ejerce el Estado sobre los sistemas jurídicos que cohabitan en su territorio.

La estructura del Derecho Tradicional de estos pueblos permite la revisión de sus actuaciones ante las instancias superiores, incluso ante el Congreso General, siendo éstas, a nuestro juicio, de carácter definitivo, aún cuando la Ley no lo diga expresamente.

Es de extraordinaria importancia señalar, que cualquier conflicto que surja por efectos de la aplicación de estos dos (2) sistemas, de derecho tradicional y el derecho positivo, se irá resolviendo por la vía jurisprudencial.

De todo lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- a). Los actos emitidos por los Congresos Indígenas no son actos administrativos.
- b). Que en las Comarcas Kuna Yala, Emberá y Kuna de Madungandí, no existe ninguna norma que permita la impugnación de las decisiones de los Congresos Indígenas por la vía jurisdiccional, excepción hecha en la Ley que crea la Comarca Ngobe-Buglé, la cual en forma muy genérica determina que cuando las decisiones de los Congresos lesionen derechos de terceros, éstos podrán recurrir a los tribunales jurisdiccionales.

c). Que en la Comarca donde existan las estructuras administrativas propias del Estado panameño, como Gobernadores, Alcaldes, Corregidores y Regidores, las decisiones que adopten dichas autoridades sí constituyen actos administrativos, como resultado de la actividad jurídica de estas entidades, pues, las mismas son parte de la Administración Pública panameña.

No deseamos terminar esta Consulta sin hacer un breve comentario al problema expuesto por Usted, referente a la escogencia, supuestamente irregular, del Cacique General.

Sobre este tema consideramos prudente sugerir que se convoque a un Congreso General Extraordinario con el propósito que el mismo decida sobre el problema, toda vez que es el máximo organismo de expresión y decisión étnica y cultural del pueblo Ngobe-Buglé.

Esperando que nuestra opinión le sea de utilidad,

Atentamente,

Original }
Firmado } Licda. LINETTE A. LANDAU B.
Procuradora de la Administración
(Suplente)

LINETTE A. LANDAU

Procuradora de la Administración

Segunda Suplente

LAL/12