



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 11 de abril de 2019

Proceso de Inexequibilidad.

El Excelentísimo Señor Presidente de la República, **Juan Carlos Varela Rodríguez**, presenta objeción de inexequibilidad en contra de **los artículos 1 y 8 del Proyecto de Ley 656 de 2018** "Que crea la Comarca Naso Tjër Di", aprobado por insistencia por la Asamblea Nacional.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Señor Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Pleno.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la objeción de inexequibilidad descrita en el margen superior.

I. Normas objeto de la objeción de inexequibilidad.

El Excelentísimo Señor Presidente de la República, **Juan Carlos Varela Rodríguez**, presenta objeción de inexequibilidad en contra de los artículos 1 y 8 del **Proyecto de Ley 656 de 2018** "Que crea la Comarca Naso Tjër Di", aprobado por insistencia por la Asamblea Nacional, cuyos textos indican:

"Artículo 1. Se crea la Comarca Naso Tjër Di, que constituye una división política especial, segregada del distrito de Changuinola, provincia de Bocas del Toro, que tendrá un área total de delimitación de 160,616 hectáreas, de las cuales 125,141 hectáreas pertenecen al Parque Internacional La Amistad y 21,722 hectáreas pertenecen al Bosque Protector Palo Seco, ambas áreas protegidas quedan dentro de la Comarca Naso Tjër Di en los límites siguientes..."

"Artículo 8. El traspaso de los derechos posesorios y otros previamente adquiridos dentro de la comarca Naso podrá realizarse siempre que se ofrezca en opción preferencial a la comarca Naso. Para tales efectos, la oferta deberá dirigirse al Consejo General Naso, que tendrá noventa días, prorrogables por igual término, para aceptarla o rechazarla. De no hacerse uso de este derecho de primera opción de compra, el oferente estará facultado para vender a terceros por un precio no inferior al ofrecido a la comarca."

II. Disposiciones constitucionales que se dicen infringidas.

A juicio del Señor Presidente de la República, **Juan Carlos Varela Rodríguez**, la objeción de inexecutable presentada en contra de los artículos **1 y 8 del Proyecto de Ley 656 de 2018** "Que crea la Comarca Naso Tjër Di", aprobado por insistencia por la Asamblea Nacional, vulnera las siguientes disposiciones de la Constitución Política de la República:

A. El artículo 4, que se refiere a que la República de Panamá acata las normas de Derecho Internacional (Cfr. fojas 8-11 del expediente judicial);

B. El artículo 120, que señala que el Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas (Cfr. fojas 8-11 del expediente judicial); y

C. El artículo 127, que establece que 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 (Cfr. fojas 11-12 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de analizar la objeción de inexecutable que ocupa nuestra atención, estimamos pertinente recordar que dicho término, tal como lo señala el jurista Carlos Bolívar Pedreschi, en su obra el "Control de la Constitucionalidad", aludiendo las palabras del Doctor César Quintero refiere lo siguiente:

"Quintero se expresaba en la siguiente forma, la cual se transcribe por lo cerca que este jurista estuvo de las reformas constitucionales de 1956 y por la claridad y dominio con que aborda el tema:

'La distinción introducida por el reformador es adecuada. Exequible significa **'Que puede llevar a efecto'**.

En lo sucesivo, pues, la Corte sólo podrá declarar 'inexecutable' los proyectos de leyes o de reformas a la Constitución que, de acuerdo con ésta, no pueden llevarse a efecto. Por tanto, cuando se trate de actos ya efectuados, lo que cabe es declaratoria de constitucionalidad o de inconstitucionalidad según sea o no compatibles con la Ley fundamental.'

...” (PEDRESCHI, Carlos Bolívar El “Control de la Constitucionalidad en Panamá”, Segunda Edición, pág. 308 y 307) (El resaltado es nuestro).

Lo anterior cobra relevancia, toda vez que a esta Procuraduría le corresponde evaluar si las disposiciones en discusión conllevan algún vicio constitucional que pueda vulnerar, infringir o desconocer dicha norma superior, o incluso, alguno de los parámetros mínimos de protección establecidos en las regulaciones internacionales adoptadas por nuestro país.

En ese orden de ideas y tal como se explicó en su momento, debemos tener presente que en cuanto a la finalidad de la objeción de inexecutable, ***“lo que se busca es evitar o impedir que un proyecto de ley, el cual se considera contrario a la Constitución, se convierta en Ley del Estado. Se ubica, por ende, dentro de lo que en la doctrina se denomina ‘el control previo de constitucionalidad’ y por el cual se va a verificar previamente, antes de su perfeccionamiento, la adecuación a la Constitución o la constitucionalidad de los proyectos de Ley, de los tratados internacionales y demás normas jurídicas que, según el sistema de cada país, deba ser sometida a este control.”*** (GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto y ROBLES RODRÍGUEZ, Francisco. La Objeción de Inexecutable Constitucional en Panamá. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Número 5. Año 2001. Página 129).

Explicado lo que antecede y para tener claridad en el tema que ocupa nuestra atención, dividiremos los artículos acusados de inexecutable para emitir de una manera ordenada nuestro concepto. Veamos.

1. El Señor Presidente de la República considera que el artículo 1 del Proyecto de Ley 656 de 2018 “Que crea la Comarca Naso Tjër Di”, vulnera los artículos 4 y 120 de la Constitución Política; ya que, cito:

“El Parque Internacional La Amistad (PILA), fue creado mediante Resolución de Junta Directiva 021-88 de 22 de septiembre de 1988, con una extensión de 207,000 hectáreas, siendo una de las áreas protegidas más representativas de Panamá por su extensa superficie. Esta se ubica entre las provincias de Bocas del Toro (98%) y en Chiriquí (2%). En 1990, el sector panameño del PILA es inscrito también dentro de la Lista de Patrimonio Mundial, con lo cual el sitio adquiere el carácter de un bien natural transfronterizo y recibe

un nuevo nombre: Reservas de la Cordillera de Talamanca-La Amistad/ Parque Nacional La Amistad. Además, en el año 2000, la UNESCO reconoció formalmente el sector panameño como Reserva de la Biosfera La Amistad (RBA).

El Bosque Protector de Palo Seco (BPPS) por su parte, fue creado por el Decreto Ejecutivo No. 25 de 28 de septiembre de 1983, con una extensión estimada en 167,410 has. Está ubicado en la provincia de Bocas del Toro, en el distrito de Changuinola. Tiene la función de zona de amortiguamiento de la Reserva de la Biosfera, ya que desde 1998, forma parte de la Reserva de la Cordillera de Talamanca-La Amistad/Parque Nacional La Amistad, junto al Parque Nacional La Amistad, el Parque Nacional Volcán Barú, el Humedal Lagunas de Volcán, la Reserva Forestal de Fortuna, el Parque Marino Isla Bastimentos y el Humedal de Importancia Internacional San San Pond Sak (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

...El artículo 51 del Texto Único de la Ley 41 de 1998, General de Ambiente, los tiene ya incorporados al Sistema Nacional de Áreas Protegidas y, por tanto, sujetas a la administración del Ministerio de Ambiente, indicando claramente la obligatoriedad del reconocimiento de los compromisos internacionales ratificados por la República de Panamá relacionados con el manejo, uso y gestión de áreas protegidas. Sin embargo, el legislador al parecer desconoce las restricciones sobre uso de suelo y recursos que pesan sobre los territorios declarados como áreas protegidas y los compromisos internacionales adquiridos por Panamá con la hermana República de Costa Rica, al superponer sobre El Parque Nacional La Amistad y el Bosque Protector de Palo Seco, la condición de propiedad colectiva que indica el artículo 127 de la Constitución Política, con el Proyecto de Ley 656 de 2018 que pretende crear en este sitio al Comarca Naso Tjër Di" (Cfr. fojas 9-10 del expediente judicial).

En lo que respecta a los anteriores argumentos, debemos partir haciendo referencia al artículo 127 de la Constitución Política, el cual establece:

“Artículo 127. 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 deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.” (La negrita es nuestra).

De la citada norma se desprende con claridad que: **1.)** Es deber del Estado garantizar a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias la propiedad colectiva; **2.)** Lo anterior tiene como objetivo el logro del bienestar económico y social de dichas comunidades; y **3.)** Se establece una cláusula de reserva legal al disponer que la ley regula los procedimientos que deben seguir para

lograr esa finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.

Al respecto, en la exposición de motivos del proyecto de ley objetada se indica que, como en el artículo 19 de la Constitución Política se expresa que no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas: "en la actualidad existen cinco (5) Comarcas legalmente establecidas no hay que ser discriminatorio con la población NASO, que en la actualidad aspira a constituirse en comarca."

De igual manera, en dicha exposición de motivos se señala:

"La comunidad NASO TJER DI, está en riesgo de verse reducida en la territorialidad que le corresponde debido a la titulación permitida por las autoridades administrativas dentro del territorio NASO, esta realidad se ha estado dando con el pasar de los tiempos y de los gobiernos."

Como se observa, el proyecto de ley objetado por inexecutable en su artículo 1 no hace más que cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 127, garantizando a una comunidad indígena un área geográfica delimitada y con un carácter de tierra colectiva; es decir, no susceptible de apropiación privada.

Así mismo, en el plano convencional tenemos que destacar que el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada a través de la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, emitida por la Asamblea Nacional de Representantes de Corregimiento, que reconoce el **derecho humano** a la propiedad privada, en concordancia con los artículos 11 y 13 del Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, **relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales** en países independientes, adoptado por nuestro país mediante el Decreto de Gabinete 53 de 26 de febrero de 1971, expedido por la Junta Provisional de Gobierno, **en términos generales, reconocen el derecho de propiedad, colectiva o individual, a favor de los miembros de las poblaciones indígenas sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas.**

En efecto, el anterior **planteamiento encuentra pleno sustento en las nuevas tendencias que en materia de protección de derechos humanos, ha ido estableciendo la Corte**

Interamericana de Derechos Humanos en relación con la protección de las tierras colectivas de las poblaciones indígenas, en especial, lo relacionado al reconocimiento y demarcación de las mismas.

Sobre el particular, cobra especial relevancia para nuestro país la Sentencia de 14 de octubre de 2014, emitida por el referido cuerpo de Justicia, en una situación similar a la que ocupa nuestra atención, al resolver el proceso promovido por los **pueblos indígenas Kuna de Madugandí y Emberá de Bayano y sus miembros, en contra del Estado panameño**. Veamos.

“111. Como la Corte ha señalado en su jurisprudencia constante, últimamente en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos 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. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.

112. Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. **Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión, es preciso protegerla bajo el artículo 21 de la Convención para garantizar que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.**

113. En ese sentido, la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes, a la luz del artículo 29.b de la misma Convención. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta,

a la luz de dichas reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la referida significación especial de la propiedad comunal de las tierras para los pueblos indígenas, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho.

114. Por otra parte, con respecto a las obligaciones que surgen de las disposiciones de derecho interno panameño, **la Corte constata que la Constitución reconoce el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas que sirve de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención. La Constitución actualmente vigente señala en su artículo 127 (artículo 116 de la Constitución de 1972 que estaba vigente al momento de los hechos): '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 deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras'. Además, esa disposición no se limita a la propiedad de las tierras ancestrales, sino que se refiere a la reserva de las tierras necesarias' para el 'logro de su bienestar económico y social'**. En ese sentido, desde el año 1946 la Constitución panameña reconoce el derecho a la propiedad de los indígenas a las tierras (*supra* párr. 59) y, al entrar en vigor la Constitución de 1972 en octubre de dicho año, el Estado tenía la obligación de reconocer jurídicamente dichos derechos.

115. Asimismo, el 8 de mayo de 1969 se había emitido el Decreto de Gabinete N° 123 (*supra* párr. 63) **mediante el cual se declaró a las tierras alternativas como 'inadjudicables'**, estableciendo que '[e]l propósito de la inadjudicabilidad de estas tierras es el de compensar el área de la actual Reserva Indígena que será inundada por el embalse del Proyecto Hidroeléctrico del Bayano'. Del mismo modo el 8 de julio de 1971 se emitió el Decreto de Gabinete N° 156 el cual se refería a que '[los grupos indígenas que habitan en la actual Reserva Indígena del Bayano] tendrán que ubicarse en las áreas establecidas como inadjudicables por el Decreto de Gabinete N° 123 del 8 de mayo de 1969 en compensación del área de la actual reserva indígena que será inundada'. Por tanto, la Corte considera que la emisión de los referidos decretos conlleva una obligación a cargo del Estado para respetar y garantizar el goce efectivo de los pueblos indígenas del derecho a la propiedad de las tierras asignadas a éstos.

116. **Con respecto a las obligaciones internacionales**, el Tribunal nota que el **Convenio OIT N° 107, ratificado por Panamá el 4 de junio de 1971, establece en su artículo 11 que: '[s]e deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones [indígenas, tribales y semi-tribales] sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas'**.

117. Por otra parte, el Tribunal **recuerda su jurisprudencia respecto a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas,**

según la cual se indica *inter alia* que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, y 3) **el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo de las tierras a los miembros de las comunidades indígenas.**

118. **Adicionalmente, cabe señalar que diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte – por ejemplo, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela a través de su normatividad interna han incorporado de alguna forma las obligaciones de delimitar, demarcar y titular las tierras indígenas en su ámbito normativo interno, al menos desde los años '70, '80, '90, y '2000. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de delimitar, demarcar y titular las tierras de los pueblos indígenas.** En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007, la cual fue aprobada por Panamá, establece que los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídica de las tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas.

119. Con respecto a lo anterior, **la Corte ha interpretado el artículo 21 de la Convención estableciendo que el deber de los Estados de adoptar medidas para asegurar a los pueblos indígenas su derecho a la propiedad implica necesariamente, en atención al principio de seguridad jurídica, que el Estado debe demarcar, delimitar y titular los territorios de las comunidades indígenas y tribales. Por tanto, el incumplimiento de dichas obligaciones constituye una violación al uso y goce de los bienes de los miembros de dichas comunidades.**

120. Por otra parte, cabe señalar que los elementos de la propiedad comunal de tierras indígenas anteriormente mencionados se refieren a los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, lo cual implica la ocupación tradicional de los mismos. **Asimismo, hacen referencia, en el caso de que los pueblos indígenas hayan salido de sus territorios o hayan perdido la posesión de éstos, al derecho de recuperarlos.** En el presente caso, la inundación de las tierras de las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano significa que dicha recuperación por parte de los pueblos indígenas es imposible. **Por tanto, el presente caso trata de los derechos de las referidas comunidades respecto de las tierras alternativas asignadas por el Estado....**

121. Como ha sido señalado anteriormente (*supra* párr... 113), con respecto a las tierras ancestrales, es precisamente la posesión u ocupación prolongada ancestral de las mismas lo que da lugar al derecho de exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro, **mientras que para el caso de tierras alternativas donde no existe dicha ocupación ancestral, el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva se realizaría recién cuando el**

Estado asigna las tierras nuevas. Asimismo, se toma en cuenta que los pueblos Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano en este caso no habitan las tierras alternativas de manera transitoria. La inundación de sus tierras hace que su ocupación de las tierras alternativas es necesariamente permanente. Como ha sido indicado en el capítulo de Hechos, las comunidades han sido reubicadas en las tierras alternativas por decisión del propio Estado (*supra* párr... 63).

122. En consecuencia, con respecto a las obligaciones del Estado relacionadas con garantizar el goce del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre las tierras alternativas, el Tribunal establece que dichas obligaciones necesariamente deben ser los mismos que en los casos en los cuales la recuperación de las tierras ancestrales todavía es posible. En caso contrario, se limitaría el goce del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos Kuna y Emberá por no contar con una ocupación prolongada o relación ancestral con las tierras alternativas, cuando esa falta de ocupación es precisamente consecuencia de la reubicación realizada por el mismo Estado, por razones ajenas a la voluntad de los pueblos indígenas.

...

129. Con respecto a las tierras de la Comunidad Emberá de Piriati, consta en un **informe de la ANATI de octubre de 2013, remitido por el Estado, que dichas tierras fueron delimitadas en ese mismo mes y año** (*supra* párr. 80). No obstante, respecto de la demarcación del territorio, dicho informe únicamente menciona que '[e]l límite de esta propuesta está bien definido, ya que utilizan elementos naturales por un lado y coordenadas por otro'. En relación con lo anterior, el Tribunal constata que si bien es cierto que algunos límites geográficos naturales podrían en su caso, dependiendo de las circunstancias concretas, volver innecesaria la demarcación física, también es cierto que para otros límites, la mera referencia a determinadas coordenadas resulta insuficiente. Por lo anterior, el Tribunal concluye que al menos parte de la demarcación necesaria que debería haber realizado el Estado no tuvo lugar.

136. **Este Tribunal concluye que el Estado ha violado el artículo 21 de la Convención, en relación con 1.1 de la misma, por la demora en la delimitación, titulación y demarcación de la propiedad colectiva del Pueblo Kuna de Madungandí, la cual fue finalmente realizada en los años 1996 y 2000, en perjuicio de dicho pueblo indígena y sus miembros. Además, el Estado violó el artículo 21 de la Convención, en relación con 1.1 de la misma, por la falta de delimitar, demarcar y titular las tierras de las Comunidades Emberá de Piriati e Ipetí en el sentido del párrafo 129 de esta Sentencia, en perjuicio de dichas Comunidades y sus miembros.**

..." (Lo subrayado es nuestro) (Se suprimió pie de página).

Como se observa, la CIDH ya se ha pronunciado indicando que además del reconocimiento a la propiedad privada de los pueblos indígenas, estas áreas deben encontrarse **debidamente**

delimitadas, obligación que se cumple a través de lo dispuesto en el artículo 1 del Proyecto de Ley 656 de 2018.

Cabe agregar, que uno de los argumentos expuestos en la inexecutable que se analiza, guarda relación con lo que a continuación se transcribe: "Sin embargo, el legislador al parecer desconoce las restricciones sobre uso de suelo y recursos que pesan sobre los territorios declarados como áreas protegidas y los compromisos internacionales adquiridos por Panamá... Actualmente este territorio, según información suministrada por el Ministerio de Ambiente, tiene una categoría de 'subzona de protección absoluta'...", lo que guarda relación con el artículo 120 de la Constitución Política relativo al deber del Estado de reglamentar, fiscalizar y aplicar las medidas necesarias para garantizar el uso racional del aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que, como hemos indicado el artículo 127 de la Constitución Política reconoce la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y que de la sentencia previamente citada se puede colegir sin lugar a dudas, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que los pueblos originarios cuidan las tierras que habitan, por la vinculación que sienten en relación con la misma, por lo que no se puede pensar que los artículos acusados de inexecutable van en detrimento del medio ambiente ni mucho menos del área geográfica que reclaman.

Para una mejor ilustración nos permitimos transcribir nuevamente, el numeral 111 de la sentencia a la que nos hemos referido en los párrafos que preceden y que está relacionado con lo anotado por esta Procuraduría. Veamos.

"111. Como la Corte ha señalado en su jurisprudencia constante, últimamente en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, el artículo 21 de la Convención Americana protege la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de las mismas y los elementos incorporales que se desprendan de ellos. Entre los pueblos 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. Estas nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la

Corte ha establecido que merecen igual protección del artículo 21 de la Convención Americana. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas.” (Lo destacado es nuestro).

Así las cosas, si bien no podríamos hablar en el caso que ocupa nuestra atención de *cosa juzgada*, producto de la carencia de los elementos que deben concurrir a tal fin; no menos cierto, es que la CIDH ya se ha pronunciado sobre una situación similar a la que nos encontramos analizando, pues, ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva, la cual debe estar delimitada.

En razón de lo anterior y siendo que la propiedad colectiva y su delimitación constituye una obligación del Estado, no encontramos que el artículo 1 del Proyecto de Ley 656 de 2018, resulte inexecutable.

2. Por otra parte, el Señor Presidente de la República estima que el artículo 8 del Proyecto de Ley 656 de 2018 “Que crea la Comarca Naso Tjër Di”, vulnera el artículo 127 de la Constitución Política; ya que, cito:

“Esta disposición no deja claro el concepto de propiedad privada colectiva versus derechos posesorios, a favor del pueblo Naso, sobre un territorio que actualmente tiene la condición de área protegida, es decir, no es un territorio comarcal y tampoco puede ser objeto de apropiación privada.” (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

Visto lo anterior, procedemos a transcribir el artículo 127 de la Constitución Política, el cual a la letra dice:

“Artículo 127. 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 deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de tierras.”

Al confrontar el artículo 8, acusado de inexecutable con el 127 de nuestra Carta Magna, estimamos que aquel se merece un tratamiento similar al que le hemos dado al artículo 1 del Proyecto de Ley 656 de 2018; puesto que esta situación se desarrolló de igual manera en el fallo que hasta

ahora hemos venido analizando, y en el cual se establece lo siguiente en cuanto a la propiedad privada dentro del área reconocida como comarca:

“142. La Corte constata que las tierras Piriati Emberá no se encontraban tituladas en el momento en que fue otorgado el título a favor del señor C.C.M. (supra párr. 80 y 81) y que la normativa interna establece que la titulación de las tierras indígenas no perjudicará los títulos de propiedad existentes (supra párr. 135). No obstante, al otorgar dichas tierras alternativas a los pueblos indígenas, el Estado adquiere la obligación de asegurar el goce efectivo del derecho a la propiedad. Dicha obligación no se puede desconocer y el goce no puede dejar de concretarse efectivamente por el otorgamiento de un título de propiedad privado sobre esas tierras, ni podría un tercero adquirir dicho título de buena fe. Lo anterior se entendería sin perjuicio de los particulares que ya tenían un título de propiedad privada sobre parte de las tierras con anterioridad a la ocupación por los pueblos indígenas. Adicionalmente, la Corte constata que la normatividad de varios países de la región, por ejemplo Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Paraguay, Perú y Venezuela, incluye de alguna forma que los territorios indígenas son, entre otros, inalienables e imprescriptibles.

143. Este Tribunal recuerda su jurisprudencia que los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas **abarcan un concepto más amplio y diferente** que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

144. Del mismo modo la Corte reitera su jurisprudencia en la cual se establece que **no puede decidir si el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de una Comunidad indígena se encuentra por encima del derecho a la propiedad privada de terceros o viceversa,** por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares. **Esa tarea corresponde exclusivamente al Estado.** No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de la Comunidad indígena.” (El resaltado es de este Despacho).

Al realizar un análisis de la norma constitucional, del fallo arriba transcrito y el contenido del artículo 8 del Proyecto de Ley 656 de 2018; observamos que el mismo no contraviene el mandato contenido en nuestra Carta Magna.

En ese marco conceptual, debemos partir por indicar, tal y como se hace en el fallo transcrito, que la titulación de tierras indígenas no puede ir en contravención de aquellos títulos que el

Estado ha reconocido previamente. Partiendo de esa premisa, la norma acusada de inexecutable, establece de manera taxativa que ***“El traspaso de los derechos posesorios y otros previamente adquiridos dentro de la comarca Naso podrá realizarse siempre que se ofrezca en opción preferencial a la comarca Naso.”***; texto que lleva de manera implícita dos (2) elementos importantes; por un lado, el reconocimiento de la existencia de derechos previos; y por el otro, el respeto de los mismos.

Por otro lado, en cuanto a la garantía de *propiedad colectiva*, a la que igualmente hace alusión la citada disposición constitucional, debemos tener presente, que tal y como lo indica la norma en mención, corresponderá a la Ley establecer los procedimientos que deban seguirse para el logro del bienestar económico y social de la comarca; regulación, que en parte se cumple, a través de lo dispuesto en el artículo 8 del proyecto acusado de inexecutable; pues, es a través de él, que se dispone el procedimiento para el traspaso de derechos sobre bienes inmuebles, el cual, al procurarle la opción preferencial a la comarca Naso, tuvo en cuenta la preponderancia de la realización colectiva de su pueblo como requisito indispensable para su desarrollo.

Finalmente, debemos indicar que en nuestro país la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, ha reconocido igualmente la protección y prevalencia que desde el plano convencional tiene la propiedad colectiva de los pueblos indígenas en su Sentencia de 15 de marzo de 2018, en la que se señaló:

“... ”

En ese sentido consideramos de importancia manifestar que nuestra Constitución Política, en su artículo 127 dispone que, ‘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 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’.

La norma en mención claramente establece como deber del Estado, el garantizar a las comunidades indígenas el derecho de la tierra y la propiedad colectiva de estas para lograr su bienestar social y económico y prohíbe expresamente la apropiación privada.

Es un hecho notorio que las comunidades indígenas en nuestro país, se rigen por un sistema colectivo de tierras, el cual les permite no solo utilizarla de forma colectiva para sus (sic)

subsistencia, sino que además es utilizada para el cultivo de productos para su consumo personal y para otro tipo de actividades, como la caza y la búsqueda de productos medicinales, entre otros, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, lo que nos permite inferir que la tierra no solo constituye una parte integral de su modo de vida y subsistencia, sino que forma parte importante y básica de sus costumbres y tradiciones. De allí la importancia de que el Estado, garantice a las comunidades indígenas el respeto a ese derecho constitucional.

...

En ese orden de ideas debemos resaltar que, a través del Convenio No. 107 de 1957, expedido por la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por nuestro país, mediante el Decreto No. 53 de 26 de febrero de 1971, que se refiere a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en países independientes, en su artículo 11, reconoce a favor de dichas poblaciones, el derecho a la propiedad, colectiva e individual, sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellos.

Por su parte el artículo 13 del referido cuerpo legal, señala que se debe adoptar medidas para impedir que personas extrañas a las poblaciones indígenas puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o uso de las tierras que le pertenezcan.

Las normas citadas anteriormente están dirigidas a cumplir el objetivo dispuesto en la Constitución y las leyes que regulan la materia, respecto a garantizar el derecho que tienen las comunidades indígenas sobre las tierras colectivas, lo cual no fue realizado por la autoridad demandada cuando emitió la resolución impugnada.

...

En vista de lo antes planteado, debemos concluir que en el caso que nos ocupa, la autoridad demandada no adoptó las medidas tendientes a garantizar la protección de los derechos humanos que le asistían a las comunidades indígenas demandantes, específicamente los que se refieren a su derecho sobre tierras colectivas, por lo que se ha incurrido violación del ordenamiento jurídico nacional, así como a los derechos reconocidos internacionalmente a las comunidades indígenas, contenidos en los artículos 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por Panamá, mediante la Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977, publicada en la Gaceta Oficial No. 18,468 de 30 de noviembre de 1977; los artículos 11 y 13 del Convenio 107 de la Organización Internacional de Trabajo, relativo a la Protección e Integración de las Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los países independientes de la Organización Internacional de Trabajo, ratificado en Panamá, por el Decreto de Gabinete No. 53 de 26 de febrero de 1971, publicado en la Gaceta Oficial No. 16,812 de 17 de marzo de 1971 y el artículo 74 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General del Ambiente; en consecuencia lo que procede es declarar que es

nula, por ilegal la resolución impugnada, así como sus actos confirmatorios." (Lo destacado es de esta Procuraduría).

Tomando en consideración los elementos arriba desarrollados, este Despacho colige que **los artículos 1 y 8 del Proyecto de Ley 656 de 2018, no son inexecutable;** habida cuenta que, **dichas disposiciones no infringen la Constitución Política** y, por el contrario, las mismas resultan acordes con las normas convencionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos que hemos explicado con anterioridad.

En el marco de lo antes expuesto, la Procuraduría de la Administración respetuosamente solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **NO SON INEXEQUIBLES los artículos 1 y 8 del Proyecto de Ley 656 de 2018** "Que crea la comarca Naso Tjër Di", aprobado por insistencia por la Asamblea Nacional en su sesión ordinaria del día 20 de febrero de 2019, y notificado al Órgano Ejecutivo el día 22 de febrero de 2019; y, además, resultan cónsonas con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia desarrollada por la misma.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 239-19 I