



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 3 de diciembre de 2020
C-141-20

Su Excelencia
Milciades Concepción
Ministro de Ambiente
Ciudad.

Referencia: *“Convenio a suscribirse entre el Ministerio de Ambiente, en calidad de Presidente del Consejo Directivo del Fideicomiso de Agua, Áreas Protegidas y Vida Silvestre y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)”.*

Señor Ministro:

En ejercicio de nuestra atribución constitucional y legal de servir como concejero jurídico de los servidores públicos administrativos, me dirijo a usted a fin de dar respuesta a su Nota DM-1223-2020, fechada 14 de octubre de 2020, recibida en este Despacho el 26 de octubre de 2020, por la cual formula la siguiente interrogante:

“...nos informe si el Ministerio de Ambiente, como presidente del Consejo Directivo del Fideicomiso de Aguas, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, por medio de la Unidad de Fideicomiso y Seguimiento a Inversiones, podría ceder en todos los puntos solicitados por el PNUD, según lo dispuesto en la Ley No. 9 de 8 de noviembre de 1973 “Por el cual se aprueba el acuerdo entre la República de Panamá y el programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, así como los aspectos de Monitoreo”.

Después de analizar el contenido de la Consulta, en contraste con el artículo 6, numeral 1 de la Ley N° 38, de 31 de julio de 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales”, la petición es compatible con lo señalado en la disposición precitada, toda vez que: “Corresponde a la Procuraduría de la Administración: 1. Servir de consejera jurídica a los servidores públicos administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o **el procedimiento que se debe seguir en un caso concreto** (El subrayado es añadido).

Con relación a su interrogante, es la opinión de este Despacho que en todo acto o actuación administrativa que ejecute el Ministerio de Ambiente, en cualquier materia de su competencia o cuidado legalmente establecido, debe primar el Principio de Estricta Legalidad del Servidor Público, que es la fuente inequívoca de legitimidad en toda actuación administrativa y que es reconocido tanto en el derecho interno, como en cualquier programa de las Naciones Unidas.

A continuación externamos las consideraciones y fundamentos jurídicos que nos permiten arribar a dicha opinión:

I. RELACIONES INTERNACIONALES Y SOMETIMIENTO A LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL. GENERALIDADES.

En cuanto a las dimensiones jurídicas de los Actos de las Organizaciones Internacionales, RODRÍGUEZ CARRIÓN, ha dicho lo siguiente:

“...si un Estado es miembro de una Organización internacional, los actos de ésta pueden tener cierta fuerza jurídica obligatoria atribuida por su tratado constitutivo: en consecuencia, la falta de recepción de los actos de las Organizaciones podría poner de manifiesto la responsabilidad internacional del Estado por el incumplimiento interno de obligaciones derivadas del ordenamiento de la Organización internacional”¹.

Aquella recepción, es objeto de derecho interno, consagrado en la Constitución Política de la República, en cuyo artículo 4, se determina, sin mayores ambages que: “*La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional*”, lo cual se regula a través de la ratificación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, mediante la Ley N° 17 del 31 de octubre de 1979 y la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y sus protocolos Anexos; el Protocolo Facultativo sobre la Jurisdicción Obligatoria para la solución de Controversias y el Protocolo Facultativo sobre la Adquisición de Nacionalidad, mediante la Ley N° 65 del 4 de febrero de 1963.

En este contexto, las Organizaciones Internacionales, como la Organización de Naciones Unidas, o el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, funcionan con su propia personalidad jurídica internacional de acuerdo a sus objetivos, en un esquema de relaciones con otros sujetos de Derecho Internacional, como lo es el Estado panameño, señalando al respecto Julio Barberis, lo siguiente:

*“Se ha indicado ya cuales son las relaciones que se encuentran regidas por el ordenamiento jurídico de la organización internacional. Las organizaciones desarrollan también sus actividades en otros ámbitos jurídicos. Así, **ellas celebran regularmente contratos de compra y venta, de depósito de dinero, de locación, etc., que están regulados por el derecho interno de un Estado.***

...

Las organizaciones internacionales celebran habitualmente tratados con los Estados y con los otros sujetos del derecho de gentes. Esta práctica parece ser que se remonta a un siglo atrás, pero adquiere relevancia principalmente a partir del establecimiento de la Sociedad de Naciones. Los convenios concertados por las organizaciones se refieren a su existencia administrativa y a las actividades que cumplen según los fines establecidos en su constitución.

¹ RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. Lecciones de Derecho Internacional Público. Editorial Tecnos. Madrid, 1987. Página 218.

Los tratados que se relacionan con la existencia administrativa de las organizaciones son los acuerdos de sede, los convenios sobre inmunidades y privilegios de la entidad y de sus funcionarios, y los acuerdos concertados con otras organizaciones análogas para coordinar sus actividades o cooperar recíprocamente.

...
La regulación de los convenios concertados por las organizaciones internacionales presenta similitud con los tratados interestatales. Sin embargo, existen otros aspectos particulares”² (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

Continuando con la exposición de elementos de juicio, pertenecientes a esta rama del Derecho, es necesario mencionar que en el Quincuagésimo primer período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Tema 101 del programa, se aprueba la Resolución 51/59, denominada “*Medidas contra la corrupción*”. La misma, lleva como anexo, el “*Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos*”, del cual extraemos, lo siguiente:

“I. PRINCIPIOS GENERALES

1. Un cargo público, tal como se define en el derecho interno, es un cargo de confianza, que conlleva la obligación de actuar en pro del interés público. Por consiguiente, los titulares de cargos públicos serán ante todo leales a los intereses públicos de su país tal como se expresen a través de las instituciones democráticas de gobierno.

2. Los titulares de cargos públicos velarán por desempeñar sus obligaciones y funciones de manera eficiente y eficaz, conforme a las leyes o las normas administrativas, y con integridad. Procurarán en todo momento que los recursos públicos de que sean responsables se administren de la manera más eficaz y eficiente.

3. Los titulares de cargos públicos serán diligentes, justos e imparciales en el desempeño de sus funciones y, en particular, en sus relaciones con el público. En ningún momento darán preferencia indebida ni discriminarán impropriamente a ningún grupo o individuo, ni abusarán de otro modo del poder y la autoridad que les han sido conferidos” (Los resaltados son de la Procuraduría).

Lo anterior, constituye un mandato inequívoco al concierto de Naciones, toda vez que el Principio de Legalidad, subyace en el Derecho Internacional y local.

En cuanto al instrumento mencionado en su consulta, el Acuerdo entre la República de Panamá y Naciones Unidas³, acogido en la República a través de la Ley 9 del 8 de

² BARBERIS, Julio. Los sujetos del derecho internacional actual. Editorial Tecnos. Madrid, 1984. Página 87.

³ La parte motiva de la ya observada Ley N° 9 de 8 de noviembre de 1973, Por el cual se aprueba el Acuerdo entre la República de Panamá y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, finaliza señalando que “*El Gobierno y el PNUD (llamados en adelante las Partes) han celebrado el presente Acuerdo animados de un espíritu de cooperación amistosa*” (El subrayado es añadido). Este enunciado tiene un valor interpretativo importante para el resto del convenio en sí.

noviembre de 1973, según su artículo 1º, enuncia en su primer numeral “*las condiciones básicas en las cuales el PNUD y sus Organismos de Ejecución prestarán asistencia al Gobierno para llevar a cabo sus proyectos de desarrollo y se ejecutarán los proyectos que reciben ayuda del PNUD*”; y en su segundo numeral, se dictamina lo que sigue:

“El PNUD sólo prestará asistencia en virtud de este Acuerdo en respuesta a solicitudes presentadas por el Gobierno y aprobadas por el PNUD. Se concederá tal asistencia al Gobierno, o a la entidad que el Gobierno designe, y se proporcionará y recibirá de conformidad con las resoluciones y decisiones pertinentes y aplicables de los órganos competentes del PNUD y a reserva de que el PNUD disponga de los fondos necesarios” (El subrayado es añadido).

Continúa el Artículo II, denominado “*Forma de Asistencia*”, enumerando que la asistencia que el “PNUD puede prestar”, de acuerdo a una serie de ordinales:

“(a) Los servicios de expertos asesores y consultores, incluidas empresas u organizaciones consultoras, seleccionados por el PNUD o el Organismo de Ejecución correspondiente y responsables ante ellos.

(b) Los servicios de expertos operacionales seleccionados por el Organismo de Ejecución para que desempeñen funciones de índole operacional, ejecutiva, o administrativa en calidad de funcionarios del Gobierno o como empleados de las entidades que el Gobierno designe en virtud del Artículo I, párrafo 2;

...

(g) Cualquiera otra en que convengan el Gobierno y el PNUD”.

El artículo X, sobre “*Facilidades para la Prestación de la Asistencia del PNUD*”, en su primer párrafo, obliga al Estado panameño a adoptar “*todas las medidas necesarias para que el PNUD, sus Organismos de Ejecución, sus expertos y demás personas que presten servicios por cuenta de ellos, estén exentos de los reglamentos y otras disposiciones legales que puedan entorpecer las operaciones que se realicen en virtud del presente Acuerdo*”. Los numerales posteriores a este párrafo, se refieren a materia migratoria, administrativa, cambio legal favorable, importación de bienes y otros de naturaleza similar, no a las condiciones precitadas o a un régimen de excepción con respecto al cumplimiento de las leyes del Estado receptor en el ejercicio de sus funciones.

Lo anterior, resulta compatible con una norma análoga y relacionada con esta materia, se trata del artículo 41 de la ya mencionada Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, que señala un deber de quienes gocen de privilegios diplomáticos en un país receptor, así:

“Sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado receptor. También están obligadas a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado”.

Concluimos esta sección de la respuesta a su consulta, con las siguientes consideraciones provisionales:

1. Los Acuerdos con organismos internacionales no constituyen la única fuente de Derecho posible, al momento de interpretar las relaciones entre Estados y Organizaciones Internacionales.
2. La labor del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en cuanto al origen de la actividad de asistencia, está condicionada para ambas partes del Acuerdo, en virtud del texto del mismo Acuerdo. Nada de lo escrito en este instrumento, sugiere una obligación de ruptura con el Derecho Interno de la República de Panamá para realizar labores de asistencia en beneficio de la propia República de Panamá.
3. La Asamblea General de las Naciones Unidas e instrumentos de Derecho Internacional ratificados por la República de Panamá, fomentan el cumplimiento de las normas de derecho interno, por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, así como el Convenio de Relaciones Diplomáticas y Consulares, a su vez, obliga al personal diplomático a respetar las normas de derecho interno de los países.

II. EL PRINCIPIO DE ESTRICTA LEGALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PANAMEÑA.

La consulta se expresa sobre el aparente dilema de que para efectos de cumplir un Convenio con un organismo internacional, ratificado por Ley de la República, es necesario que sean incumplidas disposiciones de derecho interno panameño, con el fin último de realizar un proyecto en beneficio del mismo Estado panameño.

Considerando lo planteado, es necesario resaltar que el Principio de Estricta Legalidad (denominado también “*de legalidad*”), está consagrado en el artículo 18 de la Constitución Política, como parte del Título III relativo a “*Los Derechos y Deberes Individuales y Sociales*”, Capítulo 1º, “*Garantías Individuales*”, en el tenor siguiente: “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas*”.

El artículo 34 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, establece un deber para los servidores públicos, con respecto al acatamiento del Principio citado:

“Artículo 34. Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición”
(El subrayado es añadido).

La misma norma jurídica comprende prohibiciones, órdenes y penalidades con respecto a los actos y actuaciones administrativas que violenten el cumplimiento de lo establecido en el artículo transcrito, a través de distintas disposiciones, como las siguientes:

“Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo. Ninguna autoridad podrá celebrar o emitir un acto para el cual carezca de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos.

...

Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes. Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquéllos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior.

Artículo 47. Se prohíbe establecer requisitos o trámites que no se encuentren previstos en las disposiciones legales y en los reglamentos dictados para su debida ejecución. Constituye falta disciplinaria la violación de este precepto y será responsable de ésta el Jefe o la Jefa del Despacho respectivo” (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

Sin perjuicio de las causales de invalidez, nulidad, anulación y revocatoria de los actos administrativos, presentes en los Capítulos II y III de la precitada Ley, existe la posibilidad de nulidad para con los actos administrativos definidos por el artículo 201, numeral 37, como “desviación de poder”, es decir, la “*Emisión o celebración de un acto administrativo con apariencia de estar ceñido a derecho, pero que se ha adoptado por motivos o para fines distintos a los señalados en la ley*”.

Lo anterior, tiene también a nivel disciplinario, una manifestación jurídica, establecida a través del artículo 15 del Decreto Ejecutivo No. 246, de 15 de diciembre de 2004 “*Por el cual se dicta el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos que laboran en las entidades del Gobierno Central*”, así:

“ARTÍCULO 15: LEGALIDAD. El servidor público debe sujetar su actuación a la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que regulan su actividad, y en caso de duda procurará el asesoramiento correspondiente. También debe observar en todo momento un comportamiento tal que, examinada su conducta, ésta no pueda ser objeto de reproche”.

Este Código, fundamentado en la Ley N° 6 del 22 de enero de 2002, obliga a los servidores públicos, a riesgo de la toma de medidas disciplinarias por parte de su superior jerárquico, a sujetar sus actuaciones a la normativa que corresponda.

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido a este Principio de igual forma, en fallo de veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017), como sigue:

“Ante tales hechos, este Tribunal considera preciso referirnos al alcance del principio de estricta legalidad en las actuaciones administrativas.

En ese sentido, el autor Roberto Dromi en su obra titulada "Derecho Administrativo", ha señalado que el principio de la legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa y por ello puede concebirse como externo al procedimiento, constituyendo simultáneamente la condición esencial para su existencia.

Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto: 1) delimitación de su aplicación (reserva de ley); 2) ordenación jerárquica de sujeción de las normas a ley; 3) determinación de selección de normas aplicables al caso concreto, y 4) precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración. (Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, 12 Edición, Ciudad Argentina-Hispania Libros-2009

Además, sobre este tema, el Doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su obra "Tratado de Derecho Administrativo", ha manifestado que "El principio de legalidad se estructura en el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores -bloque de la legalidad previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior, que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo." (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez, Cuarta Edición, Universidad Externado de Colombia, página 54)" (Los resaltados son añadidos).

De la misma manera, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se ha referido a la importancia de este principio y las consecuencias jurídicas de su inobservancia, en Fallo del 11 de junio de 2002, así:

"Siguiendo el hilo conductor, existe una vinculación ineluctable entre la facultad de reglamentar las leyes y el principio de legalidad, que marca las acciones y omisiones de los funcionarios y corporaciones públicas, por ello este Tribunal ha dicho siguiendo la doctrina iusadministrativista que "todas las actuaciones de la Administración están subordinadas a la ley, de modo que aquélla sólo puede hacer lo que ésta le permite con las finalidades y en la oportunidad previstas y ciñéndose a las prescripciones, formas y procedimientos determinados por la misma. La nulidad es la consecuencia jurídica de la no observancia del principio de legalidad" (ARCINIEGA, Antonio José. Estudios sobre jurisprudencia administrativa, Tomo I, Edit. Temis, Bogotá, 1982, pág. 10" (Caso. Jorge Sáenz contra Resolución No. 16 (JMC) de 10 de julio de 1996 de la Junta Calificadora Municipal del Consejo Municipal de Panamá)".

Jaime Vidal Perdomo ha logrado sintetizar doctrinalmente el Principio de Legalidad, alejándolo de cualquier referencia abstracta y centrándolo en el núcleo de la actuación del operador administrativo, como transcribimos a continuación:

"En el derecho moderno se considera que la actividad de la administración debe estar permanentemente sujeta al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores.

Este fenómeno político – jurídico se conoce con el nombre de “principio de legalidad”, y esta última palabra que lo define se toma no en el sentido específico del acto del parlamento o del Congreso, sino de acto jurídico cuyo cumplimiento se impone a la autoridad administrativa, cualquiera que sea su autor. La consecuencia que se deriva de la existencia de ese principio es la de que la violación del orden jurídico por un acto de la administración puede dar lugar a su anulación por el juez que ejerce el control legal”⁴ (Los resaltados son añadidos).

Expresados ya los elementos de investigación jurídica pertinentes a esta parte de la nota, podemos con respecto a la misma, las siguientes conclusiones provisionales:

1. El servidor público no puede optar por no cumplir la Ley. Siempre tiene que hacerlo, no existe alternativa posible a su actuar.
2. El Principio de Legalidad, está reconocido en la Doctrina y la jurisprudencia patria, como se observó en la sección anterior, en el Derecho Internacional, de la misma manera en la Constitución Política y en el Derecho Interno de la República, con múltiples manifestaciones concretas a nivel administrativo, disciplinario, todas orientadas al obligatorio cumplimiento de la Ley, sin reparo posible.
3. El acto administrativo logrado a través del incumplimiento del Principio de Legalidad, es vulnerable a nulidad administrativa, por aparentar cumplir con la ley, pero sin hacerlo en propiedad.

III. FIDEICOMISO DE AGUAS, ÁREAS PROTEGIDAS Y VIDA SILVESTRE Y EL PROYECTO EN CONCRETO.

La Constitución Política de la República, en su artículo 120, dictamina 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, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia”*.

El Decreto Ejecutivo N° 111 de 25 julio de 2018, *“Que crea Consejo Directivo del Fideicomiso de Agua, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, y se adopta su Manual Operativo”*, uno de los elementos centrales de su consulta, es una norma reglamentaria emanada, según su propia parte motiva, la Ley N° 8 de 25 de marzo de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente, como *“la entidad rectora del Estado en materia de protección, conservación, preservación y restauración del ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales para asegurar el cumplimiento y aplicación de las leyes, los reglamentos y la Política Nacional de Ambiente”* (El resaltado es añadido).

La parte resolutive de esta disposición, en su primer artículo, establece como el objetivo de la misma la creación del *“Consejo Directivo del Fideicomiso de Agua, Áreas Protegidas y Vida Silvestre”*, en el artículo siguiente, señala como propósito del mismo el siguiente:

⁴ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima Edición. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, 1994. Página 303.

*“Constituirse como órgano de gobierno del Fideicomiso de Agua, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, facilitando la toma de decisiones y **determinando la aceptación o rechazo a los planes operacionales, actos y contratos presentados por el Fideicomitente al Fiduciario o al Administrador de Activos hasta por cualquier monto**”* (El resaltado es añadido).

El mencionado Decreto Ejecutivo, adopta un Manual Operativo, cuyo objeto (página 6), constituye a éste como *“fuente permanente de financiamiento y apoyo a las iniciativas ambientales verdes sostenibles de inversión pública, privada, locales, o de **organizaciones internacionales** destinadas a la protección, conservación, preservación y restauración del ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales **para asegurar el cumplimiento de las leyes, los reglamentos y la política nacional ambiental según los términos y condiciones preceptuados por la Ley vigente y el presente Manual Operativo...**”* (Resaltado y subrayados añadidos).

Lo arriba citado, deja ver a todas luces que la ejecución del propio Manual se sitúa en un estricto marco de legalidad, imbuido en todo su texto.

Un elemento asociado a las particularidades consultadas, se observa en la página 15, donde el primer párrafo, después de la enumeración de posibles Fideicomisarios o beneficiarios, señala en su frase final que: *“En el caso de las organizaciones internacionales, estas podrán considerarse como beneficiarios siempre y cuando no existan capacidades de desarrollo de proyectos de otras organizaciones locales de Panamá”*, lo que presenta un elemento condicionante a la participación de este actor, no obstante que en el listado anterior a este elemento, se da en una suerte de igualdad de condiciones entre los actores enumerados.

Relacionado con otro de los temas específicos de su consulta, la página 26 del Manual Operativo, señala claramente que dentro de los “Criterios de evaluación” de los proyectos, que los parámetros de evaluación de la revisión correspondiente comprenden que:

*“... todos los formularios hayan sido llenados de manera correcta, que exista consistencia técnica, social, ambiental, económica y de sostenibilidad de los perfiles de los proyectos, **conforme a los criterios de selección, las disposiciones establecidas en este manual, las políticas operacionales del BM y las normas nacionales vigentes**”* (Los resaltados son añadidos).

De la misma forma y en la misma página, se faculta a la Unidad de Fideicomiso y Seguimiento a Inversiones (UFISI) a ocuparse del desarrollo del *“Sistema Integral de Monitoreo y Evaluación”*, así como de los instrumentos básicos de evaluación, designándose para esta unidad el mandato de: *“...**supervisión, para lo cual se requerirá a los beneficiarios la respectiva rendición de cuentas a través de reportes, informes de progreso, informes especiales entre otros con periodicidad mensual cuando se trate de informes**”* (El resaltado es añadido).

Las anteriores disposiciones no dan cabida a la distinción o tratamiento especial de ningún tipo, es más, las normas relativas a los posibles beneficiarios del Fideicomiso⁵, establecen un listado donde no existe un orden de prelación entre sí, pero a *Contrario sensu*, sí existe un elemento condicionante y limitante adicional a la participación de las “*organizaciones internacionales*”, como ya fue mencionado.

Como colofón, es preciso recordar el punto de partida de esta sección, que establece como mandato constitucional que la supervisión de las medidas necesarias para la protección de los recursos naturales pertenece al Estado. A su vez este mandato coincide con lo establecido en el ya mencionado artículo 2 del Convenio de Diversidad Biológica, ratificado en la República de Panamá, a través de la Ley N° 2 de 1995⁶.

En cuanto a la vertiente financiera de la consulta, fuente material de derecho del reglamento analizado, la Ley N° 1 de 1984 de 5 de enero de 1984, “*Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones*”, modificada por la Ley 21 de 10 de marzo de 2017, “*Que establece las normas para la regulación y supervisión de los fiduciarios y del negocio de fideicomiso y dicta otras disposiciones*”, define la figura del Fideicomiso y asigna quiénes son los responsables de la administración de éste y sus bienes asociados:

“Artículo 1. El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente. Las entidades de Derecho Público podrán retener bienes propios en fideicomiso y actuar como fiduciarios de los mismos para el desarrollo de sus fines, mediante declaración hecha con las formalidades de esta Ley.

...

Artículo 26. El fiduciario dispondrá de los bienes del fideicomiso de acuerdo con lo establecido en el instrumento de fideicomiso” (Los subrayados y resaltados son añadidos).

Lo anterior, separa la actividad de administrar los fondos pertinentes de la figura del fideicomisario o beneficiario y las asigna, incluso por definición, a favor del fiduciario.

⁵ Página 12 – 13 (7. “Del Fideicomisario o Beneficiario”) y página 25 (3. “beneficiarios elegibles”).

⁶ En la parte motiva del Convenio de Diversidad Biológica, se establece que “... se precisan inversiones considerables para conservar la diversidad biológica y que cabe esperar que esas inversiones entrañen una amplia gama de beneficios ecológicos, económicos y sociales” y en su artículo 3, el principio que “De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (Subrayado y resaltado añadido). Entendiendo que el verbo “explotar”, en sentido amplio, incluye para los efectos investigados, la utilización sostenible de los recursos naturales en general, como los hídricos, el suelo, en el caso de los beneficiarios como los productores, los recursos no consuntivos, como los paisajísticos, escénicos y las amenidades que contienen las áreas protegidas (artículo 55 del texto Único de la Ley N° 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República).

Finalmente, el artículo 38 de la Ley, señala la legislación aplicable al Fideicomiso, en el tenor siguiente:

“Artículo 38. Los fideicomisos constituidos de acuerdo con las leyes de la República de Panamá, se regirán por la ley panameña. Sin embargo, podrán sujetarse en su ejecución a una ley extranjera si así lo dispone el instrumento de fideicomiso. El fideicomiso, así como los bienes del mismo, podrán trasladarse o someterse a las leyes o jurisdicción de otro país, según lo dispuesto en el instrumento de fideicomiso”.

Con la información de la cual disponemos, el Fideicomiso al que nos referimos en esta consulta, ha sido establecido de acuerdo a la Ley panameña.

De acuerdo a la revisión anterior, podemos derivar las siguientes consideraciones:

1. El Decreto Ejecutivo N° 111 de 25 julio de 2018, *“Que crea Consejo Directivo del Fideicomiso de Agua, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, y se adopta su Manual Operativo”*, es una norma jurídica de obligatorio cumplimiento por parte de sus operadores y todos los que se sitúen en su ámbito de ejecución, incluyendo sus beneficiarios y aspirantes a serlo.
2. La norma jurídica analizada no admite excepciones en materia de normativa aplicable, administración de fondos o supervisión de los mismos. Pero sí condiciona claramente la participación de las organizaciones internacionales.
3. La norma general en materia de fideicomisos, también fuente formal del Decreto Ejecutivo N° 111 de 25 julio de 2018, *“Que crea Consejo Directivo del Fideicomiso de Agua, Áreas Protegidas y Vida Silvestre, y se adopta su Manual Operativo”*, define al Fiduciario como el administrador de los fondos del fideicomiso, no al beneficiario.
4. La supervisión de las medidas constitucionales que conllevan a la utilización sostenible de la fauna, flora, tierras, bosques y aguas, es obligación del Estado panameño. Este principio, abarca a la normativa infra constitucional y a las disposiciones ya analizadas.

IV. CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS

El anterior recorrido a través de los diferentes aspectos relevantes del derecho positivo aplicable en la República de Panamá, con la asistencia de la doctrina y la jurisprudencia del caso, nos ha permitido tener una perspectiva bastante completa de la situación planteada por su consulta.

En la misma, se expresan tres puntos específicos de la posición de los personeros del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), que dicen:

“1. Señalan que la Contribución (el total asignado para ejecutar el proyecto denominado: “PROMOCIÓN DE INVERSIONES AMBIENTALES CON PARTICIPACIÓN CIUDADANA, SOCIEDAD CIVIL Y EL SECTOR PRIVADO PARA LA SUSTENTABILIDAD DEL PATRIMONIO AMBIENTAL DE PANAMÁ”), estará sujeto a la recuperación de los gastos indirectos en que hayan incurrido las estructuras de la sede del PNUD y de la oficina del país al prestar servicios de

apoyo general en la gestión. Para sufragar esos gastos de apoyo, se imputará a la Contribución un cargo de 4.5% (GMS), a su vez que el donante hará todo lo que está a su alcance para obtener dichos fondos adicionales.

2. Mantienen posición sobre la inmunidad de jurisdicción y establecen que no se encuentran sujetos a la legislación y/o jurisdicción de la República de Panamá para los efectos del Convenio.

3. La supervisión estará limitada por el principio de Auditoría Única de las Naciones Unidas y la Política de Información con el PNUD” (Los resaltados son añadidos).

El criterio jurídico institucional suministrado al respecto, se resume en estos dos párrafos generales:

“Somos del criterio, que todo proponente al momento de presentar su proyecto, tiene conocimiento del Manejo del Fideicomiso y la reglamentación legal a seguir, por lo que no existen excepciones a las mismas y deben cumplirse a cabalidad.

Es importante resaltar que el Manual Operativo del Fideicomiso, no contempla en ninguna de sus partes la administración de fondos por parte de un tercero, sino la ejecución de proyectos, los cuales deben ser monitoreados y administrados por el Fideicomiso”.

Concordamos con el criterio jurídico emitido por su despacho, toda vez que su desarrollo responde a los criterios de legalidad presentados a lo largo de este análisis, siendo especialmente llamativo el primer punto de lo listado en la nota de consulta sobre la comisión el 4.5% de contribución por gastos de apoyo, los cuales no demuestran, al menos según la información anexa a su petición, ningún tipo de desglose o de separación de la contribución que ya realiza el Estado panameño a la misión internacional en virtud del artículo VI de la Ley N° 9 de 8 de noviembre de 1973, “*Por el cual se aprueba el Acuerdo entre la República de Panamá y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*”, al igual que la incertidumbre que manifiesta el hecho de que: “*el Donante hará todo lo que está a su alcance para obtener dichos fondos adicionales*” (Página 2 de la Nota DM-1223-2020).

Las consideraciones vertidas en los aspectos internacionalistas de la consulta, pasando por los fundamentos y desarrollo del Principio de Estricta Legalidad y el carácter no excepcional del instrumento de fideicomiso, no dejan duda sobre el alto riesgo de que, si el Ministerio de Ambiente y sus estructuras desatendieren su propio criterio jurídico en este caso particular, los funcionarios responsables tendrían altas posibilidades de enfrentar las inconveniencias legales ya señaladas en este escrito, sin perjuicio de otras que escapan de la competencia de esta Procuraduría.

Por ello, las materias relativas al manejo de fondos de “*servicios de apoyo general en la gestión*”, la normativa aplicable al manejo de los fondos en el marco del Fideicomiso y los patrones de supervisión, son peticiones que de aceptarse, serían excepciones no contempladas en el reglamento existente para la ejecución financiera del proyecto y por tanto, de riesgosa aplicación.

Las relaciones internacionales en general y aquellas que mantienen los Estados con las organizaciones internacionales, se mantienen dentro de un marco de diplomacia, amistad y, en palabras del Principio N° 8 de la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, un “*espíritu de solidaridad mundial*”⁷, donde si bien, habrán diferencias de criterios en la concepción y ejecución de las tareas correspondientes, éstas no deberían incidir en el cumplimiento que tiene cada parte de cumplir con el amplio espectro de derechos y obligaciones que les rodean de forma mutua.

Reiteramos entonces, que es la opinión de este Despacho que en todo acto o actuación administrativa que ejecute el Ministerio de Ambiente, en cualquier materia de su competencia o cuidado legalmente establecido, debe primar el Principio de Estricta Legalidad del Servidor Público, que es la fuente inequívoca de legitimidad en toda actuación administrativa y que es reconocido tanto en el derecho interno, como en cualquier programa de las Naciones Unidas.

La manera de armonizar las relaciones entre actores ambientales, nacionales o extranjeros, jamás debería tener como condición la inobservancia de norma jurídica alguna.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/hjmm

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.

*Apartado 0815-00609, Panamá, República de Panamá *Teléfonos: 500-3350, 500-3370 * Fax: 500-3310*

** E-mail: procadmon@procuraduria-admon.gob.pa Página Web: www.procuraduria-admon.gob.pa**

⁷ “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra”. Declaración de Río de Janeiro sobre medio Ambiente y Desarrollo. Naciones Unidas. Junio de 1992.