



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 17 de julio de 2024.
C-SAM-25-24

Licenciado
Julián Águila Jiménez
Vice Ministro de Asuntos Indígenas
Ministerio de Gobierno
E. S. D.

Ref. El Carbono como bien natural del Estado panameño

Mediante Nota –VMAI N°.651 de 24 de junio de 2024, suscrita por el señor Ismael Jaén, en ese momento Vice Ministro de Asuntos Indígenas, consultó a esta Procuraduría lo siguiente:

¿Es el CARBONO captado, absorbido y removido por los bosques en áreas demarcadas como Comarcas y Tierras Colectivas Indígenas por las diversas normativas vigentes, propiedad colectiva de estas comunidades?

En el escrito de consulta, el ex ministro, indica que *“admitió la nota de la Firma Forense GAEA Abogados, el 11 de junio de 2024, a través de la cual, nos realiza una consulta relativo a la “PROPIEDAD DEL CARBONO DE LOS BOSQUES EN TIERRAS Y COMARACAS INDÍGENAS DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ” con base a una publicación en la página web de la Procuraduría de la Administración, la respuesta de consulta establecida en la Nota C-056-24, fechada 25 de marzo de 2024, dirigida al actual Ministro de Ambiente de la República, en la cual, únicamente se refiere a bosques del Estado e ignora en absoluto a los bosques situados en las tierras de las Comarcas”*.

Observamos que, el origen de la misiva, tiene como precedente una consulta que fue presentada al viceministerio por un particular, con ocasión al criterio expresado por esta Procuraduría, en respuesta a una solicitud del Ministerio de Ambiente, y que a guisa en el escrito suscrito por el otrora viceministro de asuntos indígenas se interpela la consulta de marras indicando que *“se ignora en absoluto los bosques situados en tierras de las Comarcas”*.

Antes de entrar al objeto de lo consultado, es propicio referirnos a ciertos aspectos del procedimiento administrativo de la Ley 38 de 2000, sobre las peticiones, quejas y consultas, que se presenten ante las instituciones del Estado. El artículo 81 de esta ley, establece que, *“La autoridad administrativa ante quien se presente una consulta, deberá determinar si es o no competente para absolverla, ... en caso contrario, deberá comunicarle al consultante que carece de facultad para absolverla y le indicará la autoridad competente para ello. (...)”*. Ello nos lleva a concluir que, la consulta presentada por la Firma Forense GAEA Abogados, el 11 de junio de 2024, al viceministerio de Asuntos Indígenas, debió ser atendida en los términos previstos en los artículos 80, 81, 82, 83 de la Ley 38 de 2000, por la entidad ante la cual fue presentada, sin necesidad de requerir una opinión previa de este Despacho.

Ahora bien, en razón de las competencias y atribuciones que nos señala la Ley 38 de 2000, “*Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones*”, en el artículo 6, numeral 1, establece como una de sus funciones, “*servir de consejera jurídica a los servidores públicos que consultaren su parecer sobre determinada interpretación de la ley o el procedimiento que se debe seguir*”, nos permitimos ofrecer nuestro criterio, antes indicando que la opinión consignada en el presente escrito no constituye un pronunciamiento de fondo u opinión vinculante de la Procuraduría de la Administración.

En efecto, en una amplia y documentada respuesta mediante la nota C-056-24, a la consulta formulada en ese momento por el ministro de Ambiente, relacionada al aprovechamiento del carbono captado, propiedad del Estado panameño, bajo las modalidades de la Ley 1 de 1994, precisó entre otras cosas lo siguiente, veamos:

“

1. Luego de este prolijo y cronológico recorrido en el ámbito constitucional, legal y doctrinal, de nuestro ordenamiento positivo, respecto al tema objeto de su consulta, este Despacho prohija el criterio jurídico desarrollado en su Nota, al sostener la importancia que tiene el reconocimiento, en relación a la connotación de dominio público, que posee la propiedad del carbono forestal en nuestro país; aclarando igualmente por nuestra parte que, en la actualidad nos encontramos ante el escenario que en Panamá, **no existe** una definición o procedimiento explícito, en relación a la propiedad y/o beneficios del carbono; por lo tanto, corresponderá al Ministerio de Ambiente, como entidad rectora del Estado en materia de protección, conservación, preservación y restauración del ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales;
2. En cuanto a la propiedad del carbono “*...los bosques son Patrimonio del Estado; así como el Estado reconoce la fijación y captura del carbono como un servicio ambiental del recurso forestal natural, que al aplicar el principio básico del derecho civil..., lo accesorio sigue a lo principal, en relación permite aseverar que el carbono reducido o fijado por el recurso forestal también correspondería al patrimonio del Estado*”;
3. En cuanto al segundo punto de la consulta, es el criterio de este despacho igualmente que una concesión administrativa otorgada para la explotación de bosques, no concede el derecho para la generación de créditos de carbono que le permita explotación de la captura de carbono;
4. Tanto las normas constitucionales como legales, apuntan a que, corresponde al Ministerio de Ambiente, en cuanto a la propiedad del carbono, reconocer que los bosques son patrimonio del Estado, así como reconocer igualmente que, la fijación y captura del carbono como un servicio ambiental del recurso forestal natural; como lo dejó debidamente señalado, al referirse al principio cardinal conocido como: “*Accesorium sequitur principale*”, entendido este, como “*lo accesorio le sigue a lo principal, en el sentido de que el bien principal comunica su condición jurídica al bien que se le anexa*”; por lo que, el carbono reducido o fijado por el recurso forestal también correspondería al patrimonio del Estado.”

El Estado y las comarcas

Luego de las consideraciones previas, pasamos a referirnos al tema de su interés, sobre sí el carbono almacenado en el territorio de la República de Panamá es propiedad del Estado panameño, o propiedad colectiva de los pueblos indígenas, cuestionamiento que amerita su análisis desde el ámbito del derecho y las ciencias políticas, en el contexto de la evolución de la sociedad política, ampliamente objeto de estudio y debate, y la existencia del propio Estado.

El tratadista Dromi, dice que, *“El Estado es una especie del género sociedad. El individuo participa simultáneamente de muchas sociedades (políticas y civiles, generales y particulares, obligadas y espontáneamente), pero de ellas, la sociedad política, traducida como realidad estatal con un modelo de organización administrativa y pública permanente, le impone su intervención por razones de naturaleza en busca de una ordenación unitaria que asegure el bien de todo y cada una de las partes.”*¹ Bajo este concepto, está presente el elemento integrador, que reconoce la existencia de múltiples sociedades que conforman al Estado, ordenadas bajo un sistema común y unitario. Viene a constituir, señala el jurista Delgadillo Gutiérrez *“una especie del género sociedad, que representa la máxima agrupación de convivencia humana; por ello Haurriou le denomina –la institución de las instituciones”*².

En la obra Principios de Ciencias Políticas, el doctor César Quintero, luego de un extenso análisis doctrinario, distingue como elementos esenciales del Estado, población, territorio, gobierno y la soberanía o supremacía del Estado sobre los individuos y las asociaciones dentro de él y, la independencia jurídica del Estado de todo dominio político externo. Y luego concluye que, la *“ausencia de cualquiera de estos elementos destruye el Estado”* y que el *“Estado no es ni el pueblo, ni el territorio, ni el gobierno, sino las tres cosas al mismo tiempo, y posee, además, una unidad e independencia legal que lo hace una entidad política soberana.”*³

Ahora bien, los elementos constitutivos del Estado del que nos habla el profesor Quintero, están presentes en el Título I de la Constitución Política, cuando se refiere a la nación, gobierno unitario, territorio, soberanía e independencia. De forma que, el artículo 3 de la Carta Constitucional, al referirse al territorio de la República de Panamá, sobre el cual el Estado ejerce su soberanía y dominio político, bien dice, lo comprende la superficie terrestre, plataforma continental submarina, el subsuelo y el espacio aéreo entre Colombia y Costa Rica, sin exclusión de las tierras comarcales e indígenas.

Y será la Constitución Política, la que también reconoce los derechos de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva de la tierra, para el logro de su bienestar económico y social, como queda establecido en los artículos 124 y 127. Pero, ese derecho al goce colectivo de la propiedad, concurre bajo ciertas condiciones, tal como se ilustra en la Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 24 de septiembre de 1993, en la que se entró a examinar la constitucionalidad de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley 23 de 21 de octubre de 1983, en expresa alusión al arrendamiento, venta de la “propiedad colectiva”, la opinión del Procurador de la Administración fue que, *“... al prohibir el arrendamiento y venta de las tierras porque por su calidad de propiedad colectiva no pueden ser arrendadas ni mucho menos vendidas, porque el carácter colectivo de la propiedad emana de la Constitución y el artículo 287 es aplicable a las propiedades particulares y no a aquellas en que la nación se reserva el derecho de propiedad.”* Más adelante, sigue señalando la sentencia que, *“Cuando la Constitución consagra, de manera excepcional, la institución de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y campesinas lo hace en interés de una colectividad, de un grupo social, cuyo bienestar, en cuanto grupo, se quiere preservar. (...).*

Si la nación se impone un sacrificio al transferir determinadas propiedades a las comunidades indígenas y campesinas porque la permanencia de éstas es un valor protegido en la Constitución, carecería de sentido que la propiedad colectiva se sujetara a las mismas normas legales que la propiedad privada, cuyo reconocimiento constitucional obedece a otras razones distintas de las que han impulsado el establecimiento, en estos dos casos excepcionales, de la propiedad colectiva.”

¹ Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. 7ª Edición. 1998. Editorial, Ciudad Argentina. Pág. 96

² Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto. Lucero, Manuel. Compendio de Derecho Administrativo. Primer curso. Editorial Porrúa. México, 2012. Pág. 26

³ Quintero, César A. Principios de Ciencias Políticas, Impreso en Editora Pérez y Pérez, S.A.

En cuanto a la soberanía, elemento intrínseco del Estado, reconoce el principio de autodeterminación o libre determinación de los pueblos indígenas, que en el caso de Panamá, queda expresado en las cartas orgánicas aprobadas mediante ley, y que al igual, que la autonomía municipal, faculta a las autoridades de gobierno local ejercer ciertas funciones y competencias para la atención de sus asuntos de interés. Ello presupone la existencia de autoridades propias y mecanismos para la toma de decisiones, en el marco de coordinación, concurrencia, y también de jerarquización del derecho, que tiene en la cúspide a la Constitución Política. En el conjunto de las Cartas Orgánicas de las comarcas indígenas, ese es un rasgo común y fundamental. Veamos:

1. Ley 16 de 1953. “Por la cual se organiza la Comarca de San Blas”.

Artículo 13. El Estado reconoce la existencia del Congreso General Kuna y de los Congresos del Pueblo y Tribus con arreglo a su tradición y a su Carta Orgánica, con las salvedades **pertinentes para evitar incompatibilidades con la Constitución y Leyes de la República.** (Lo resaltado es nuestro)

2. Ley 22 de 1983 Por la cual se crea la Comarca Emberá de Darién.

Artículo 7. La Comarca Emberá queda sujeta, en cuanto a su administración, a lo que disponga la Constitución Nacional, **las leyes y las disposiciones que adopte el Congreso General de la Comarca, las cuales serán ejecutadas por los gobiernos municipales y los organismos estatales que se instituyan en la misma.** (Lo resaltado es nuestro)

3. Ley 24 de 1996 Por la cual se crea la Comarca Kuna de Madugandi.

Artículo 5. 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 Madugandi. 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.** (Lo resaltado es nuestro)

4. Ley 10 de 1987 “Por la cual se crea la Comarca Ngöbe – Buglé y se toman otras medidas.

Artículo 18. 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 de 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.

Parágrafo. La Carta Orgánica establecerá la forma como funcionarán y se organizarán los Congresos Generales, Regionales y Locales, así como la forma de elegir a sus dirigentes. De igual manera, **la Carta Orgánica establecerá, ajustada a la Constitución y a las leyes de la República, los deberes, funciones y derechos de las autoridades tradicionales comarcales y electas.** (Lo resaltado es nuestro)

5. Ley 34 de 2000 “Que crea la Comarca Kuna de Wargandi.

Artículo 4. Las resoluciones y decisiones que emanen del Congreso General, como máximo organismo, serán de obligatorio cumplimiento en la Comarca. Éstas y las que **se originen de los congresos locales no deben ser contrarias a la Constitución Política ni a las leyes de la República.** (Lo resaltado es nuestro)

6. Ley 188 de 2020 “Que crea la comarca Naso Tjër Di”

Artículo 14. En la Comarca funcionará, además de Consejo General Naso, el Consejo Municipal Naso Tjër Di, que promoverá y conciliará las actividades que promuevan el desarrollo integral de la comarca Naso Tjër Di y, a su vez servirá como órgano de consulta **de acuerdo con la Constitución Política**". (Lo resaltado es nuestro)

En cuanto al Control de Convencionalidad

En cuanto al control de convencionalidad, que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento a la Convención Americana de Derechos Humanos, corresponderá examinar *"un supuesto concreto, el posible incumplimiento en el que ha incurrido el Estado con respecto al tratado o convención sobre derechos humanos que aprobó o ratificó en su momento. Ante esa eventualidad se va a requerir tener que verificar, examinar y determinar, si se ha producido o no tal incumplimiento."*⁴

En ese sentido, al responder a la interrogante sobre la titularidad del carbono existente en el territorio panameño, entendemos que este es un bien natural del Estado panameño, del cual forman parte las comarcas indígenas, pudiendo aprovechar dichos recursos naturales, en los términos que garantiza la ley y los acuerdos internacionales.

La propia Ley 41 de 1998 "General de Ambiente" reconoce el derecho de las comarcas y pueblos indígenas al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, léase el artículo 94:

Artículo 94. Se reconoce el derecho de las comarcas y pueblos indígenas con relación al uso, manejo y aprovechamiento tradicional sostenible de los recursos naturales renovables, ubicados dentro de sus territorios. Estos recursos deberán utilizarse de acuerdo con los fines de protección y conservación del ambiente, establecidos en la Constitución Política, presente Ley y las demás leyes nacionales.

Todo aprovechamiento de los recursos naturales en las comarcas deberá coordinarse, con las autoridades e instrumentos de gobierno reconocidos en las leyes orgánicas. El propio artículo 92, de la Ley 41, obliga al Ministerio de Ambiente realizarlo así. Además que, toda actividad que vaya a realizarse en las comarcas, serán consultadas, a fin de adquirir acuerdos de consentimiento, tal como lo prevé, la Ley 37 de 2016 *"Que establece la consulta y consentimiento previo, libre e informado a los pueblos indígenas"*.

En un fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Protección de los Derechos Humanos, de fecha 7 de febrero de 2020, del que plasmamos un extracto, permite ilustrar, la relación que existe entre el ambiente, recursos naturales, el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y el estado de derecho, en relación al sometimiento de las normas que guían al propio Estado.

" ...

Más concretamente, se observa que la Ley General de Ambiente en el artículo 50 dispone que las comarcas y pueblos indígenas y los municipios donde existan y se aprovechen o extraigan recursos naturales tendrán el deber de contribuir a su conservación, de acuerdo con los parámetros que establezca el Ministerio de Ambiente, junto con las autoridades tradicionales y los gobiernos locales, según el caso, conforme a la legislación vigente.

De acuerdo con el artículo 92 de dicho texto normativo, el Ministerio de Ambiente coordinará con las autoridades tradicionales de las comarcas y pueblos indígenas, todo lo relativo al ambiente y a los recursos naturales existentes en sus territorios.

⁴ González Montenegro, Rigoberto. El Control de Constitucionalidad-Semejanzas y Diferencias con el Control de Convencionalidad. Memoria XVIII Congreso Panameño de Derecho Procesal. Panamá, Agosto -2023.

En su artículo 94, reconoce el derecho de las comarcas y pueblos indígenas con relación al uso, manejo y aprovechamiento tradicional sostenible de los recursos naturales renovables, ubicados dentro de sus territorios. De esa manera, señala también que esos recursos deberán utilizarse de acuerdo con los fines de protección y conservación del ambiente, establecidos en la Constitución Política, la Ley General de Ambiente y las demás leyes nacionales.

Y no sólo dichos recursos deberán utilizarse de acuerdo con los fines de protección y conservación del ambiente, sino que también su aprovechamiento por parte de sus integrantes, requiere de autorización emitida por las autoridades nacionales y comarcales, mientras el Ministerio de Ambiente velará porque el aprovechamiento de los mismos sea para el beneficio y bienestar de los pueblos indígenas, según lo establece el artículo 97 del citado Texto Único de la Ley 41 de 1998.

Como vemos, aquí se conjugan el derecho al ambiente y el derecho de propiedad, específicamente el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y, en ese sentido, debe indicarse que de conformidad con el artículo 90 del Texto Constitucional, el Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas, por lo que en atención a dicho reconocimiento, en el artículo 127 constitucional se estableció 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, siendo que 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, y como corolario de las ideas expresadas, queda a nuestro entender, una gran responsabilidad de las autoridades nacionales, en el cumplimiento de las normas del derecho internacional del que es signatario y del derecho patrio a coordinar, consultar cualquiera intervención en los territorios comarcales, que pueda afectar los intereses de las comunidades indígenas, y de los recursos naturales existentes en estos territorios, pero a su vez, no encontrarse expuestos a las vorágines de actores privados que participan en el comercio de los créditos de carbono.

En el documento titulado “Corte Interamericana de Derechos Humanos- Observaciones de la Sociedad Civil, Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos”, viene a destacar la posibilidad, y dice que, *“Con relación a la obligación de prevención frente a actores privados que participan del comercio de créditos de carbono, los Estados deben regular y fiscalizar dicha actividad, exigiendo que las privadas actúen con una debida diligencia. En su rol de garante de los derechos de los pueblos indígenas, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que la asimetría económica e informativa termine por aminorar su capacidad de ejercer sus derechos en los acuerdos suscritos con particulares”*.⁵

Por esta razón, el Estado debe adoptar medidas legales, con fundamento en el artículo 296 de la Constitución Política⁶, que permitan el aprovechamiento de los recursos naturales en los territorios indígenas, garantizando su disfrute, conservación, ante el riesgo de los intereses de terceros, respetando la autonomía de las comarcas y al goce de sus recursos.

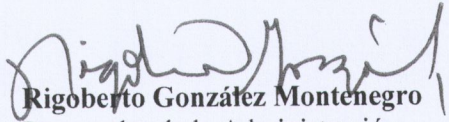
⁵ Ver página web. https://corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-32/9_CODEPISAM_otros.pdf

⁶ Texto del Artículo 296:

Artículo 296: La Ley reglamentará la caza, la pesca y el aprovechamiento de los bosques, de modo que permita se renovación y la permanencia de sus beneficios.

Finalmente, este despacho se reitera en la opinión que “...**los bosques son Patrimonio del Estado**”, y que las comarcas son parte del territorio de la República de Panamá, a esta conclusión hemos llegado luego del análisis de la normativa y los principios del derecho y las ciencias políticas, dejando claro que la opinión vertida no constituye un pronunciamiento de fondo u opinión vinculante de la Procuraduría de la Administración.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/av.

Exp. SAM-CON 25-24

