

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1981

Panamá, 9 de noviembre de 2023

Proceso de Inconstitucionalidad.

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

Expediente 1167432023-I

El Licenciado **Ariel I. Corbetti y Otros**, actuando en sus propios nombres, presentaron la acción de inconstitucionalidad en contra de los **artículos 1, 2 y 3 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, aprobada por la Asamblea Nacional** y publicada en Gaceta Oficial 29894 A de 20 de octubre de 2023.

**Honorable 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 de la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusada de inconstitucional.

Las normas cuya constitucionalidad se cuestionas a través de la acción que ocupa nuestra atención, son los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, aprobada por la Asamblea Nacional, cuyo contenido literal es el siguiente:

“Artículo 1: Se aprueba, en todas sus partes, el Contrato de Concesión Minera celebrado entre EL ESTADO y la sociedad MINERA PANAMÁ, S.A., de conformidad con la función legislativa de aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, cuando su celebración no estuviera reglamentada previamente y en atención a que algunas de las estipulaciones contractuales no se ajustan a la respectiva Ley de autorizaciones, según se establece en el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política de la República. El texto del Contrato de Concesión Minera que se aprueba por medio de la presente ley es el siguiente:

CONTRATO DE CONCESIÓN

Entre los suscritos a saber, por una parte, FEDERICO ALFARO BOYD, varón, panameño, mayor de edad, con cédula de identidad personal No. 8-759-1614 actuando en su condición de Ministro de Comercio e Industrias, en representación de EL ESTADO, debidamente autorizado por Resolución No. 114 del Consejo de Gabinete de 10 de octubre de 2023, en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 3 del artículo 200 de la Constitución Política de la República de Panamá, en adelante denominado EL ESTADO, y por la otra parte, MANUEL AIZPURÚA, varón, panameño, mayor de edad, portador de la cédula de identidad personal No. 8-728-1082, actuando en representación de MINERA PANAMÁ, S.A., sociedad organizada y existente de conformidad a las leyes de la República de Panamá y debidamente inscrita en la Sección de Mercantil del Registro Público a la Ficha 303869, Rollo 46505, Imagen 0096, en calidad de apoderado especial según consta en la Resolución de la junta directiva de fecha de 12 de diciembre de 2022, quien en adelante se denominará LA CONCESIONARIA, y en su conjunto se denominarán LAS PARTES...

...
Artículo 2. La presente Ley es de carácter especial y tendrá preferencia sobre la aplicación de la normativa de carácter general.

Artículo 3. La presente Ley es de orden público y de interés social, y tendrá efectos retroactivos hasta el 22 de diciembre de 2021.

...”

II. Disposiciones constitucionales que se aducen vulneradas y el concepto de infracción.

Los accionantes aducen como infringidos los artículos 17, 19, 20, 32, 290, 292 y 295 de la Constitución Política de la República, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

Los accionantes constitucionales indican que: *“Esta norma Constitucional está infringida en concepto de violación directa por Comisión, toda vez que el deber*

de cumplir y hacer cumplir la Ley corresponde a las autoridades de la República de Panamá, funciones que son propias del Estado, quien es el responsable de proteger los bienes jurídicos merecedores de protección, a las Instituciones, a los particulares y a sus derechos.” (Cfr. fojas 62-63 del expediente judicial).

“Artículo 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”

Así mismo señalan que: *“Esta norma Constitucional está infringida en concepto de violación directa por comisión, ya que la aprobación de este contrato genera una serie de fueros y privilegios injustos en favor de la sociedad **Minera Panamá, S.A.**, otorgándole más derechos de los que normalmente se le otorgaría a otra concesionaria, tanto en las actividades que tendrá derecho a realizar (Cláusula 1); como la posibilidad de obtener prórroga automática por veinte años adicionales, prorrogables por veinte años más, es decir, un contrato de sesenta años que comprometen a casi tres generaciones de panameños (Cláusula 2); como la posibilidad de acceder a este contrato utilizando un Estudio Ambiental (Resolución DIEORA IA-1210-2011 de 28 de diciembre de 2011) que data de hace casi 12 años, sin que se le exija contractualmente una actualización del mismo; ni la adopción de medidas contractuales que garanticen el menor impacto posible, el establecimiento de un silencio administrativo positivo (cláusula 2 y otras); entre otras muchas facultades otorgadas a la sociedad **Minera Panamá, S.A.** que generan un estado de desigualdad en favor de tal empresa.” (Cfr. fojas 63-66 del expediente judicial).*

“Artículo 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.”

De igual forma, el accionante señala que: *“Esta norma Constitucional está infringida en concepto de violación directa por comisión, pues al aprobar el contrato, el artículo 1 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023 establece un derecho excesivo en favor de la sociedad **Minera Panamá, S.A.** que le permite, en la cláusula 3, ordinal 16, ‘ceder total o parcialmente el Contrato’, sin establecer ningún requisito o condición, otorgándole una potestad a la sociedad **Minera Panamá, S.A.** en detrimento de los intereses de la Nación y del Estado que genera una desigualdad irregular e inaceptable.”* (Cfr. fojas 66-67 del expediente judicial).

“Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.”

Los recurrentes argumentan, en cuanto al principio del debido proceso, contenido en la norma constitucional que: *“Esta norma Constitucional está infringida en concepto de violación directa por omisión, pues como hemos expresado en los hechos antes expuestos, la Asamblea Nacional omitió el cumplimiento de los preceptos legales establecidos para la aprobación en primer debate de la Ley No. 406 de 2023, toda vez que el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional, contenido en la Ley 49 de 1984, el cual en su artículo 136 prescribe: ‘Parte resolutive del informe. Todo informe debe terminar con una resolución negando o aprobando que el proyecto pase a segundo debate con o sin modificación. En caso de no llenarse este requisito, el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional ordenará su devolución para que sea presentado en debida forma.’ La forma en que se aprobó en primer debate la Ley 406 no está contemplada en la Ley, lo que es violatorio por violación directa por omisión a nuestra Constitución en lo que atañe al debido proceso legal, debiendo el órgano legislativo asegurar el cumplimiento y respeto de los derechos y obligaciones consagradas en la Constitución, no solo evaluando los beneficios económicos que*

el contrato pueda suponer para la Nación, sino también que dicha actividad se realice dentro del marco de la legalidad y dentro de los límites Constitucionales establecidos para la actividad objeto de concesión.” (Cfr. fojas 67-68 del expediente judicial).

“Artículo 290. Ningún gobierno extranjero ni entidad o institución oficial o semioficial extranjera podrán adquirir el dominio sobre ninguna parte del territorio nacional, salvo cuando se trate de las sedes de embajadas de conformidad con lo que disponga la Ley.”

Por otro lado, sostienen los actores la violación de la norma constitucional antes citada, por considerar que: *“Esta norma Constitucional está infringida en concepto de violación directa por omisión, pues al aprobar el contrato, el artículo 1 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023 no obliga a la empresa concesionaria a revelar la composición de su capital accionario, ni establece una relación de solidaridad clara y de vinculación, en condición de subsidiaria o afiliada, con la empresa **FIRST QUANTUM** que permita verificar fehacientemente que no existen acciones que hayan sido cedidas o que estén bajo control efectivo, propiedad o tenencia, gravadas o de alguna manera en poder de empresas pertenecientes a Estados extranjeros o directamente que estén bajo control de dichos Estados.” (Cfr. fojas 68-69 del expediente judicial).*

“Artículo 292. No habrá bienes que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles, salvo lo dispuesto en los artículos 62 y 127. Sin embargo valdrán hasta un término máximo de veinte años las limitaciones temporales al derecho de enajenar y las condiciones o modalidades que suspendan o retarden la redención de las obligaciones.”

También manifiestan los demandantes que: *“Esta norma Constitucional está infringida en concepto de violación directa por comisión, pues al aprobar el contrato, el artículo 1 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023 establece un plazo excesivo en favor de la sociedad **Minera Panamá, S.A.** que le permite, en la cláusula 2a, ‘una duración inicial de veinte (20) años (‘Plazo Inicial’), contados a partir del 22*

de diciembre de 2021.’ (El destacado es de la fuente) (Cfr. fojas 70-71 del expediente judicial).

“Artículo 295. Es prohibido en el comercio y en la industria toda combinación, contrato o acción cualquiera que tienda a restringir o imposibilitar el libre comercio y la competencia y que tenga efectos de monopolio en perjuicio del público.

Pertenece a este género la práctica de explotar una sola persona natural o jurídica, series o cadenas de establecimientos mercantiles al por menor en forma que haga ruinoso o tienda a eliminar la competencia del pequeño comerciante o industrial.

Habrá acción popular para impugnar ante los tribunales la celebración de cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras, la Ley regulará esta materia.”

Por último, los activadores constitucionales, manifiestan, con relación a la infracción de la norma citada, entre otras cosas, indican que: *“El derecho exclusivo aquí establecido le permite a la Concesionaria, no solamente construir puertos y administrarlos y explotarlos, sin pasar por un proceso de licitación, sino que, además, le permite cobrar y recibir ingresos derivados de la actividad portuaria, lo cual excede el objeto original de la concesión, tal como se puede entender del ordinal 9 de la cláusula 3 de este contrato que otorga el derecho a **‘organizar, establecer y prestar servicios de pilotaje, muellaje, remolque, reparación, movilización en lanchas y, en general, servicios de ayuda a la navegación...’**, siendo esto una **‘potestad discrecional’** de la Concesionaria.”* (Cfr. fojas 71-73 del expediente judicial).

III. Antecedente al tema objeto de la controversia constitucional.

1. Mediante la Ley 9 de 25 de febrero de 1997, promulgada en la Gaceta Oficial No. 23235 de 28 de febrero de 1997, se aprobó el Contrato de Concesión Minera celebrado entre el Estado panameño y Minera Petaquilla, S.A., hoy Minera Panamá S.A., inscrita a Folio Electrónico 303869 (S) del Registro Público de Panamá, mediante el cual se le otorgaron a esa empresa derechos exclusivos para

explorar, extraer, explotar, beneficiar, procesar, refinar, transportar, vender y comercializar todos los minerales bases o preciosos en cuatro zonas ubicadas en los distritos de Omar Torrijos Herrera y Donoso, provincia de Colón, identificado como el "Proyecto Cobre Panamá".

2. Sobre el particular la licenciada Susana Aracelly Serracin Lezcano, actuando en nombre y representación del Centro de Incidencia Ambiental (CIAM), y el licenciado Ramón Sevillano Callejas, en su propio nombre, presentaron dos demandas en contra el artículo 1 del mismo cuerpo normativo, las cuales por tratarse de acciones que recaían sobre el mismo contenido, se acumularon y fueron decididas en una sola cuerda. Mediante la Ley 9 de 1997.

3. A criterio de quienes demandaron el Contrato Ley (1997), aquel violaba los artículos 4, 17, 19, 46, 50, 118, 159, 184, 257, 259, y 266 de la Constitución Políticas de la Republica y los artículos 11 del Protocolo de San Salvador y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

4. Mediante la Sentencia de 21 de diciembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, decidió lo siguiente:

“... ”

En la práctica el tipo de contratos que son sometidos a la aprobación de la Asamblea Nacional es de aquellos que por su alta relevancia para el Estado en cuanto a beneficios al desarrollo económico y social supone (a través de la prestación de servicios y ejecución de obras públicas), precisan de los rigores o fuerza que produce el efecto de una ley con el fin de brindar mayor seguridad jurídica a la relación contractual entre el particular y el Estado y se procuren así ciertos incentivos en compensación a la magnitud de la inversión.

Ahora bien, es de notar que la atribución señalada no es absoluta, en el sentido de que el rol de la Asamblea Nacional aquí es solo el de aprobar sin más. No es así. Como se observa, la disposición establece la posibilidad de "aprobar" o "improbar". Es decir, que en el ejercicio de la facultad legislativa, la Asamblea puede "calificar o dar por bueno o suficiente" (definición de "aprobar" según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española) los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, o en su defecto "improbar" o lo que es lo mismo "desaprobar" (según la

definición de "improbar" del Diccionario ut supra), es decir "reprobar" o no "asentir" o "admitir como cierto o conveniente" (según la definición de "asentir") aquellos contratos propuestos que no califican por bueno o suficiente.

Esta atribución legislativa por su naturaleza es una de las de mayor importancia y atención que ejerce dicho poder del Estado, ya que como se ha dicho la aprobación o no de estos contratos por regla general tiene lugar con relación a actividades económicas de vital trascendencia para el desarrollo nacional y local, de ahí que la Asamblea Nacional esté compelida a ejercer esta facultad teniendo en cuenta que la aprobación da eficacia jurídica al contrato, de ahí que el aprobar o no el mismo deba ser el resultado de la verificación previa de las formas del contrato en cuanto a si cumple con las exigencias constitucionales y legales relativas a su conformación.

...

En efecto, al momento que se celebró y aprobó el referido contrato estaba vigente el Decreto de Gabinete No. 267 de 21 de agosto de 1969, concerniente al régimen jurídico especial para el otorgamiento de concesiones mineras en la zona de yacimientos de Petaquilla, Botija y Rio del Medio (cfr. Gaceta Oficial No. 16,230 de 22 de agosto de 1969).

Sabiendo que al momento que se celebró y aprobó el contrato entre el Estado y la empresa Minera Petaquilla estaba vigente el mencionado Decreto de Gabinete 267 de 1969 y que en dicho texto se establecían las formalidades y trámite para la consumación del contrato.

Por las consideraciones anteriores, el Pleno de la Corte estima que la Ley 9 de 26 febrero de 1997 viola los artículos 17, 32, 159, 257 y 266 de la Constitución por cuanto de trata de una ley aprobatoria de un contrato, en la que no se cumplió con los rigores. Determinado lo anterior, resulta innecesario el examen del resto de disposiciones invocadas."¹

5. En contra de la sentencia de inconstitucionalidad de 21 de diciembre de 2017, publicada en la Gaceta Oficial No. 29439 de 22 de diciembre de 2021, se promovieron varios recursos de impugnación y aclaración, los cuales fueron decididos por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante la Resolución de 28 de junio de 2021, rechazándolos por improcedentes.

6. En este punto, cabe señalar que **los fundamentos de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, para declarar la inconstitucionalidad del Contrato Ley (1997), se sustentaron en la omisión de la responsabilidad de la**

¹ https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/29439/GacetaNo_29439_20211222.pdf

Asamblea Nacional, quien es llamada a aprobar o improbar un contrato, siempre que dicha decisión se tome luego de la verificación previa de las formas y el cumplimiento de las exigencias constitucionales y legales relativas a su conformación, lo que no ocurrió en aquella oportunidad y dicho Contrato Ley, en lugar de improbarse, se aprobó carente de elementos de validez y eficacia jurídica.

IV. Presupuestos jurídicos previos a la aprobación de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, por la Asamblea Nacional, objeto de demanda.

Cuando nos referimos a presupuestos jurídicos, lo hacemos atendiendo al Diccionario Prehispánico de español jurídico, el cual lo define como el ***“Conjunto de antecedentes necesarios o supuestos condicionantes para que el negocio jurídico tenga eficacia y validez formal”***.²

Teniendo presente lo anterior, haremos referencia a algunas de las actuaciones detalladas en la exposición de motivos del contrato ley bajo análisis, el cual advierte que si bien el Fallo de 21 de diciembre de 2017, restableció el orden constitucional perturbado por la Ley 9 de 1997, también abrió una etapa de incertidumbre sobre los retos de interés nacional derivados de la ausencia de cobertura contractual de la operación minera, sobre la estabilidad de los empleos asociados a dicha actividad, la conservación del ambiente, las amenazas de demandas y los reclamos contra el Estado que podrían comprometer el patrimonio de la Nación.³

1. Indica que, de varios meses de negociaciones, el Gobierno Nacional y la sociedad Minera Panamá, S.A. lograron un acuerdo sobre el texto del nuevo contrato, en el cual se estableció que los fondos recibidos por el Estado serán distribuidos como sigue: Cincuenta por ciento (50%) será transferido al Programa

² <https://dpej.rae.es/lema/presupuestos-del-negocio-jur%C3%ADdico#:~:text=Conjunto%20de%20antecedentes%20necesarios%20o,eficacia%20jur%C3%ADdica%20y%20validez%20formal.>

³ <https://www.asamblea.gob.pa/>

de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) de la Caja de Seguro Social, para su sostenibilidad, veinte por ciento (20%) será destinado a elevar a trescientos cincuenta balboas (B/.350.00) mensuales el monto de las pensiones de la Caja de Seguro Social de aquellos jubilados y pensionados que tengan un ingreso menor a dicha cifra, veinticinco por ciento (25%) será destinado a proyectos de inversión que beneficien a los distritos de Donoso, Omar Torrijas Herrera y La Pintada en las provincias de Colón y de Coclé, y cinco por ciento (5%) se destinará para la construcción, desarrollo y funcionamiento del "Instituto para el Perfeccionamiento y Bienestar del Docente" con el objetivo de actualizar la teoría y práctica de la enseñanza en las aulas a los mejores niveles de la región.

2. Se advierte que de conformidad con la Ley 6 de 2002, sobre normas para la transparencia en la gestión pública así como la Ley 125 de 2020, que aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú), el Gobierno Nacional llevó a cabo un proceso de consulta pública por medio de la Plataforma Ágora, realizó audiencias públicas en las comunidades donde se desarrolla y tiene impacto directo la operación minera, así como foros talleres con asociaciones y gremios nacionales.

3. Continúa señalando que, concluido el proceso de consulta pública, el texto del contrato negociado con la sociedad Minera Panamá, S.A., fue modificado para incluir como beneficiario al Distrito de La Pintada, Provincia de Coclé, y para transparentar la gestión directiva del Fideicomiso Conquista del Atlántico. Este texto final fue sometido al Consejo de Gabinete, que autorizó la celebración del contrato mediante Resolución de Gabinete No. 54 de 14 de junio de 2023.

4. El contrato suscrito fue sometido al proceso de refrendo por la Contraloría General de la República, llevado a cabo el día 2 de agosto de 2023. Y el 13 de agosto de 2023, el Ministro de Comercio e Industrias presentó ante la Asamblea Nacional, el proyecto de Ley en referencia.

5. Se advierte que, durante el proceso legislativo, producto del debate se escucharon las voces de los panameños en la Asamblea Nacional y en las giras realizadas en las comunidades aledañas a la mina, por lo que atendiendo las inquietudes expresadas, la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos dictó la Resolución No. 2 de 28 de septiembre de 2023, en la cual se hizo un recuento de las principales inconformidades expuestas, se suspendió el debate del proyecto de Ley y se recomendó su retiro, con el objeto de atender las observaciones.

6. Atendiendo la recomendación de la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional, el Consejo de Gabinete emitió la Resolución No. 113 del 3 de octubre de 2023, autorizando al Ministro de Comercio e Industria para solicitar a la Asamblea Nacional el retiro del Proyecto de Ley 1043, lo cual se materializó mediante la nota MICI-DM-N-Nº-[866]-2023 de 4 de octubre de 2023.

7. Posteriormente, el Ministerio de Comercio e Industrias sostuvo reuniones de negociación con la sociedad Minera Panamá S.A., a fin de atender las inquietudes planteadas por la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos, así como aquellas producto del debate ante la Asamblea Nacional y las expuestas en las giras a las comunidades aledañas a la mina, lográndose un nuevo texto modificado del contrato negociado con la sociedad Minera Panamá, S.A. que atendía dichas inquietudes.

8. Este texto modificado fue sometido al Consejo de Gabinete, que autorizó la celebración del contrato mediante Resolución de Gabinete No. 114 de 10 de octubre de 2023. El contrato modificado fue sometido al proceso de refrendo por la Contraloría General de la República, efectivamente refrendándose el día 13 de octubre de 2023.

9. Habiéndose concluido las etapas previas, se sometió ante la Asamblea Nacional, el contrato modificado suscrito con la sociedad Minera Panamá, S.A., de conformidad con el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política.

V. Óptica desde la cual se abordará el tema en discusión ante la jurisdicción constitucional.

Luego de señalados los supuestos que anteceden, debemos tener en cuenta el principio de unidad constitucional, en ese sentido, replicaremos las valoraciones constitucionales emitidas en la Vista 1962 de 1 de noviembre de 2023, en conjunto con los cargos de infracción de los artículos 17, 19, 20, 32, 290, 292 y 295 de la Carta Magna, promovidos por el demandante en esta causa.

1. El Doctor Carlos Bolívar Pedreschi, señala que una atenta apreciación del control de la constitucionalidad convence de que el objeto de esta institución desborda el simple interés de establecer límites a la omnipotencia legislativa, aun a título de que ello se haga a cuenta del interés en restaurar los valores fundamentales afectados por el Órgano Legislativo. Como los valores fundamentales pueden ser afectados también por actos emanados de órganos distintos al Legislativo, como por ejemplo, del Ejecutivo, el objeto del control de la constitucionalidad puede extenderse a la preservación del orden fundamental frente a los actos emanados del Órgano Ejecutivo y del Órgano Judicial.⁴

En esa línea de pensamiento, debo señalar que la esencia del Estado constitucional lo es la existencia de un poder político limitado. Es decir, el establecimiento de la Constitución como soporte del Estado, **tiene como finalidad la regulación de la estructura estatal, a objeto de condicionar y limitar, jurídicamente, al poder político.** Establecidos los límites a tal poder, van a ser previstos, así mismo, los instrumentos o controles necesarios que hagan efectivo el ejercicio limitado del poder en la Constitución configurado⁵

Bajo la premisa anterior, es oportuno señalar que es el constituyente panameño quien, en el Capítulo I denominado Bienes y Derechos del Estado,

⁴ Pedreschi. C.B, El Control de la Constitucionalidad en Panamá. Editora Novo Art. S.A. 2017, páginas 82-83

⁵ González Montenegro, R, Estado Constitucional y Mecanismos de Defensa Constitucional. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 1997, página 49.

contenidos en el Título IX de Hacienda Pública, del Texto Constitucional, estableció los parámetros supremos para la aprobación de las concesiones, sobre propiedad del Estado, **indicando en el artículo 257 (numerales 5 y 6), que las riquezas del subsuelo, podrán ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley** y, así mismo, señala que, las minas, aguas subterráneas, los yacimientos de toda clase, entre otros, (que no podrán ser objeto de apropiación privada), **podrán ser explotados** directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, **o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas, lo cual será reglamentado por la ley.**

“Artículo 257: Pertenece al Estado.

...

5. Las **riquezas del subsuelo**, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas **o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley.** Los derechos mineros otorgados y no ejercidos dentro del término y condiciones que fije la Ley, revertirán al Estado.

6. Las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, **o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal.**

Explicado lo anterior, queda claro y es **un hecho jurídico concreto que es la Constitución Política la que establece la fórmula para que las obras concesionadas sobre los recursos Estatales puedan ser ejecutadas por empresas privadas** y en ese orden normativo, dispone en el artículo 266 del Texto Constitucional, que **la obras nacionales, se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública, pero además, advierte que la Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.**

Y es que, convengamos que una de las obligaciones de las entidades contratantes establecidas en la ley de contrataciones públicas, **es obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público**. Veamos.

“Artículo 21: Obligaciones de las entidades contratantes.

...

2. Obtener el mayor beneficio para el Estado y el interés público, cumpliendo con las disposiciones de la presente ley, su reglamento y el pliego de cargos.

En el orden de ideas expuesto, debemos tener presente que el **control de constitucionalidad a que ha sido sometido el Contrato Ley en estudio, como garantía del principio de la supremacía constitucional implica la posibilidad de la infracción o desconocimiento de la Constitución, por parte de los poderes constituidos, en el ejercicio de sus funciones.**

Es así que, debemos precisar el contenido del artículo 159 de la Constitución Política, el cual dispone que la función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declaradas en esta Constitución y en especial para, entre otros, **Aprobar o improbar** los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, si su celebración no estuviere reglamentada previamente conforme al numeral catorce o si algunas estipulaciones contractuales no estuvieren ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones.

“Artículo 159. La función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declaradas en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

...

15. Aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, si su celebración no estuviere reglamentada previamente conforme al numeral catorce o si algunas estipulaciones contractuales no estuvieren ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones.”

Es en este punto, debemos recordar que mediante Sentencia de 21 de diciembre de 2017, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, declaró inconstitucional el Contrato Ley (1997), debido a que la Asamblea Nacional no cumplió con su función, lo que explicó así:

“Ahora bien, es de notar que la atribución señalada no es absoluta, **en el sentido de que el rol de la Asamblea Nacional aquí es solo el de aprobar sin más. No es así.** Como se observa, la disposición establece la posibilidad de "aprobar" o "improbar". **Es decir, que en el ejercicio de la facultad legislativa, la Asamblea puede "calificar o dar por bueno o suficiente los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, o en su defecto "improbar" o lo que es lo mismo "desaprobar"** (según la definición de "improbar" del Diccionario ut supra), es decir "reprobar" o no "asentir" o "admitir como cierto o conveniente" (según la definición de "asentir") **aquellos contratos propuestos que no califican por bueno o suficiente...**”

En concreto, al rol de la Asamblea Nacional en cuanto al análisis adecuado del Contrato Ley sometido para aprobar o improbar, le era inherente la calificación previa y suficiente, del cumplimiento de los presupuestos constitucionales en los cuales se advierte que **la obras nacionales, se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública y asegurando en todas el mayor beneficio para el Estado, lo que a juicio de esta Procuraduría no ha ocurrido.**

En lo atinente a la comprensión holística de lo expuesto en el párrafo anterior, es oportuno, traer a colación las palabras del autor Augusto Gordillo, quien señala que para el derecho positivo la licitación es de principio y sólo se puede hacer dispensa de ella por expresa previsión legal; **cuando es re-querida por la norma, es requisito de existencia de la contratación**⁶.

Así, indica el autor que la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina sostuvo que:

“Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.” La Corte refiere, así, a la categoría

⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2: "La defensa del usuario y del administrado", - 8va., edición. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2006., Cap XII, páginas 475 y 476

del acto inexistente como sanción frente a la contratación sin licitación pública.⁷

Continúa el autor señalando que *“Del mismo modo en Brasil el art. 37 inc. XXI de la Constitución de 1998 la requiere, salvo las excepciones que establezca la legislación. La regla es claramente la misma en el derecho uruguayo. Hay un juego de palabras en quienes sostienen que la licitación sólo es exigible cuando las normas la imponen, pues en todo caso efectivamente las normas la imponen.”*⁸

Queda claro que a la Asamblea Nacional le correspondía aprobar o improbar, luego de llevar a cabo un análisis jurídico-constitucional que le permitiera calificar de bueno y suficiente el Contrato de Concesión y que generara el mayor beneficio para el Estado, ya que no se puede obviar lo que claramente establece la Constitución, especialmente, cuando este tipo de concesiones compromete los recursos naturales del Estado e impacta severamente el ambiente.

2. En el análisis de la aprobación de este Contrato Ley, este Despacho también observa en el párrafo cuarto del considerando del Contrato Ley 406 de 20 de octubre de 2023, lo siguiente:

*“Que el Gobierno Nacional ha llevado a cabo negociaciones con LA CONCESIONARIA, para la celebración de **un nuevo contrato**, con la finalidad de **preservar** los miles de empleos directos e indirectos que genera la actividad en la MINA DE COBRE PANAMÁ, asegurar el crecimiento del Producto Interno Bruto, coadyuvar con la reactivación económica del país, asegurar las condiciones apropiadas para EL ESTADO por la explotación de sus recursos y honrar la seguridad jurídica de las inversiones en el país”*

En esa línea de pensamiento, observamos que el texto de la cláusula segunda, indica que el contrato tendrá una duración inicial de veinte (20) años (plazo inicial), contados a partir del 22 de diciembre de 2021.

⁷ Ibidem

⁸ Ibidem

Es inevitable concluir que si la decisión de inconstitucionalidad no tiene efectos retroactivos, es hasta el 21 de diciembre de 2017, cuando se anula la validez jurídica del Contrato Ley (1997) a futuro, por consiguiente, ya se habían otorgado veinte (20) años y (10) meses de concesión, contados desde el 28 de febrero de 1997, con la publicación en la Gaceta Oficial 23,2135, hasta la sentencia en el 2017; ello, sin mencionar los tres (3) años subsiguientes en los cuales se continuaron con los trabajos y actividades e incluso se les concedió una prórroga. En nuestra opinión, este cálculo aplica indistintamente de las empresas concesionarias, ya que se trata de nuestros recursos naturales y la inherente afectación ambiental.

Lo anterior implica, que de las negociaciones con la empresa, a ésta se le ha otorgado con el Contrato Ley en examen, la posibilidad de llevar a cabo su actividad minera, por un total de cuarenta (40) años, y veinte (20) años de prórroga, haciendo un total de 60 años, y 10 meses, lo que es ilegal y abiertamente inconstitucional, debido que claramente no se ha generado el **mayor beneficio para el Estado, ordenado por la Constitución en su artículo 266.**

Aunado a lo anterior, **es indispensable señalar que el cálculo de los beneficios o recursos financieros originados del Contrato Ley en examen, para los próximos veinte (20) años a favor del Estado, no puede generarse, compararse o medirse a partir de la insuficiente negociación inicial, ejecutada durante los pasados veinte (20) años del Contrato Ley (1997), de modo que como hemos mencionado previamente se configura la infracción constitucional.**

Como ya hemos precisado la atribución que le corresponde a la Asamblea Nacional para aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, tiene que ver con lo que en la doctrina se conoce como “el poder del control político” el cual consiste, “en otro de los poderes fundamentales del Parlamento” y que es de “carácter

eminentemente político” en otras palabras es “ejercer control sobre el gobierno, a nombre de la opinión pública”⁹

El atribuir el control de la inconstitucionalidad a un órgano político, va a implicar, como lo anota De Vergottini, el que la comprobación de la constitucionalidad se verifique dentro del procedimiento que perfecciona el acto normativo. Es decir **antes de la promulgación o de la entrada en vigencia de la ley. Por tanto el control político de la inconstitucionalidad va a tratarse de un control previo por el cual se evita el perfeccionamiento o la entrada en vigencia de un acto contrario a la Constitución**¹⁰.

Abundando sobre la naturaleza política del juicio de constitucionalidad, el Doctor Pedreschi, citando a Sánchez Agesta, sostiene que aunque el control de la Constitucionalidad, en principio aparenta una función jurídica, en el fondo se trata de una función específicamente política. De igual posición participa Xifras Heras, al afirmar que el control de la constitucionalidad, no entraña un problema jurídico sino político.¹¹

Al ser un poder de control político el previsto en el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución, es por lo que la Asamblea Nacional estaba obligada a verificar que para la celebración del Contrato sometido a su consideración para su aprobación o no se habían cumplido todos los parámetros legales que para tales supuestos se tienen previstos.

Recordemos que los poderes constituidos, es decir, los órganos Ejecutivo, Legislativo, Judicial y los demás de naturaleza constitucional, tienen que adecuar su conducta a lo que la Constitución establezca. Los poderes constituidos, por

⁹ Naranjo Mesa. V. Teoría Constitucional e Instituciones políticas. Edit. Temis, Colombia, 2006, p.274

¹⁰ González Montenegro, R, Estado Constitucional y Mecanismos de Defensa Constitucional. Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, 1997, páginas 54-55.

¹¹ Pedreschi. C.B, El Control de la Constitucionalidad en Panamá. Editora Novo Art. S.A. 2017, páginas 90-91

consiguiente, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la Constitución¹².

En caso que los poderes constituidos pretendieran distorsionar el marco de las atribuciones que les ha conferido la Constitución, estarían desconociendo la voluntad del poder creador e invadiendo competencias que, por principio, se encuentran totalmente vedadas. Consecuentemente, que la Constitución no pueda ser desconocida por los poderes constituidos, depende, en buena medida, de que esta haya establecido sobre ellos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites. En conclusión **“...los poderes constituidos sólo son portavoces o hacedores de una tarea regulada en sus lineamientos por la propia Constitución”**¹³

Así y como quiera que el diseño constitucional ha establecido tres (3) momentos para el control constitucional, de los cuales el primero le corresponde al Órgano Ejecutivo, quien está llamado a velar y cumplir con la ley y la Constitución; el segundo, al Órgano Legislativo, a través del control político de los actos previo a su emisión, de modo que si en ninguno de los dos primeros se advierten las infracciones o vulneraciones a la Constitución Política, tal como es el caso, corresponde al Órgano Judicial, a través de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, advertir las infracciones al Texto Constitucional, que es el escenario que nos ocupa.

3. Respecto a la Cláusula Trigésima Novena, en la cual se advierte que:

“EL ESTADO acuerda indemnizar y mantener indemne a LA CONCESIONARIA, sus Afiliadas y Cesionarios, contra todos fallos demandas, pérdidas (incluyendo pero no limitado a cualquier daño directo, indirecto o pérdidas consecuenciales, lucro cesante daños morales y todos los intereses y costos legales (calculados sobre la base de indemnización total), reclamos o demandas y daños y perjuicios derivados directamente de cualesquiera reclamos o demandas presentadas por cualquier tercero contra LA CONCESIONARIA, sus afiliadas y cesionarios a causa de un incumplimiento por causa de EL ESTADO de cualquiera de sus

¹² SIEYËS, Emmanuel ¿Qué es el tercer Estado? Alianza Editorial, Madrid 1950. Pág. 140.

¹³ Ibidem

obligaciones bajo esta Cláusula y las Cláusulas CUADRAGÉSIMAS y CUADRAGÉSIMA PRIMERA”

Estimamos que es una cláusula abusiva, que lesiona el Derecho patrio. Aunque se advierta que la norma aplicable a las partes es el Contrato Ley, a juicio de la Procuraduría de la Administración el Estado no puede comprometerse a desconocer la competencia de los Tribunales de Justicia, especialmente cuando la naturaleza del Contrato de Concesión Minera, **involucra directamente los derechos colectivos e intereses difusos de la ciudadanía**, el artículo 8 de la Ley 125 de 4 de febrero de 2020¹⁴, dispone que en el marco de la legislación nacional, los Estados Parte **asegurarán el acceso a instancias judiciales y administrativas para impugnar y recurrir en los procesos de toma de decisiones ambientales**, o que afecte o pueda afectar de manera adversa al medio ambiente y contravenir normas jurídicas relacionadas a ésta.

A efectos de garantizar y facilitar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales, el tratado regional suscrito voluntariamente por Panamá, enumera una serie de aspectos y compromisos que los Estados Parte deberán establecer y asumir. Veamos.

| Garantizar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales | Facilitar el derecho de acceso a la justicia en asuntos ambientales |
|---|---|
| Órganos estatales competentes y especializados en materia ambiental | Medidas para reducir o eliminar barreras al ejercicio de este derecho |
| Procedimientos efectivos, oportunos, públicos, transparentes, imparciales y sin costos prohibitivos | Medios de divulgación de este derecho y los procedimientos para hacerlo efectivo |
| Legitimación activa amplia en defensa del medio ambiente | |
| Medidas cautelares y provisionales para prevenir, cesar, mitigar o recomponer daños al ambiente | Mecanismos de sistematización y difusión de las decisiones judiciales y administrativas |
| Medidas probatorias (inversión de la carga de prueba y la carga dinámica) | |

¹⁴ Pág. 15-17 de la Gaceta Oficial Digital 28956-A de 06 de febrero de 2020 http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/28956-A_53883.pdf

| | |
|---|--|
| Mecanismos de ejecución y de cumplimiento oportuno de las decisiones judiciales y administrativas | Interpretación o traducción a idiomas distintos a los oficiales cuando sea necesario para el ejercicio de este derecho |
| Mecanismos de reparación | |

El autor Juan Méndez, señala que tema de acceso a la justicia no es una problemática de aparición reciente. Se trata de un concepto que ha sufrido profundas transformaciones a partir de los siglos XVIII y XIX, en el sentido de pasar de ser una mera declaración de posibilidad de defensa de los derechos individuales, a una concepción que involucra el deber estatal de proporcionar un servicio público, **protector no solo de los derechos individuales, sino también de los derechos colectivos caracterizados por la presencia de los intereses difusos**; por consiguiente, afirma que la desprotección de los derechos establecidos en la constitución política llevará implícita la desatención de pactos y convenios internacionales que sobre la materia se hayan suscrito y ratificado, y que constituyen obligaciones solemnes adquiridas por los Estados ante la comunidad internacional.¹⁵

VI. Análisis y Concepto de la Procuraduría de la Administración.

6.1 Fondo de la controversia formulada vía demanda de inconstitucionalidad.

El Ministro de Comercio e Industrias, Federico Alfaro Boyd, mediante Nota MICI-DM-N-N°-[908]-2023 de 16 de octubre de 2023, informó al Presidente de la Asamblea Nacional, Jaime Edgardo Vargas Centella, que el Consejo de Gabinete en sesión celebrada el día 10 de octubre de 2023, mediante Resolución No. 114 de esa misma fecha, decidió autorizar la celebración del contrato de concesión minera entre el Estado, y la sociedad Minera Panamá, S.A. sobre los derechos exclusivos para explorar, extraer, explotar, beneficiar, procesar, refinar, transportar, vender y

¹⁵ Méndez, J. (2000). El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos. Acceso a la justicia y la equidad: estudio en siete países de América Latina. Costa Rica, Banco Interamericano de Desarrollo/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

comercializar el mineral metálico cobre y, en conjunto con la exploración y explotación del cobre, sus minerales asociados, en cuatro (4) zonas con un área total de doce mil novecientos cincuenta y cinco punto un hectáreas (12,955.1 Has) ubicadas en el corregimiento de Coclé del Norte, Distrito de Donoso, y los corregimientos San Juan de Turbe y Nueva Esperanza, Distrito Especial Omar Torrijos Herrera, Provincia de Colón.

En ese orden de ideas, también se consigna que el día 13 de octubre de 2023, la Contraloría General de la República refrendó el contrato de concesión minera; motivo por el cual, en ejercicio del literal b del numeral 1 del artículo 165 de la Constitución Política de la República de Panamá, en concordancia con el numeral 15 del artículo 159 del propio Texto Constitucional, se presentó el contrato celebrado entre el Estado y la sociedad Minera Panamá, S.A., para aprobación de la Asamblea Nacional.

6.2 De la aplicación de las normas de contratación pública y la vigencia del Decreto de Gabinete 267 de 1969.

Los artículos 257 y 266 de la Constitución Política, establecen que **las riquezas del subsuelo, podrán ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley y que la ejecución de obras nacionales, se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.**

En este punto, debemos tener presente que para el caso en estudio, la Ley a la que se refiere la norma como excepción, es el Decreto de Gabinete 267 de 1969, el cual establece un régimen jurídico especial para el otorgamiento de concesiones mineras, que contiene los requerimientos para la convocatoria, los proponentes, las propuestas, evaluación y el contrato de concesión.

Ahora bien, el debate sobre su vigencia a la luz de la Sentencia de 27 de octubre de 1993, en la cual la Corte Suprema de Justicia, distingue entre la

declaratoria de inconstitucionalidad y la derogatoria de una norma, no es lo que necesariamente incide en la validez de lo actuado, toda vez que, la construcción del supuesto jurídico, advierte que salvo excepciones, **la ejecución de obras nacionales se harán mediante licitación pública. Es decir, ante la ausencia de una norma especial previa al Contrato Ley, como podría ser en este caso el Decreto de Gabinete 267 de 1969, era necesario que dentro del procedimiento para la emisión del Contrato-Ley analizado, se cumpliera con las normas de contratación, en cuanto a la licitación pública que dispone el artículo 266 de la Constitución Política de la República.**

Explicado lo anterior, y en el caso que no se haya materializado la licitación a falta de proponentes o para mantener la relación exclusiva con la empresa, debido a las circunstancias previas, la norma de contrataciones públicas también prevé este escenario, a través de los Procedimiento Excepcional y Especial de Contratación, contenidos en el artículo 79 que citamos para mejor referencia.

“Artículo 79. Causales. Las entidades o instituciones públicas que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de esta Ley utilizarán los procedimientos de selección de contratista, fundamentando sus actuaciones en los principios de transparencia, economía, responsabilidad, eficacia, eficiencia, publicidad y debido proceso. No obstante, cuando se produzcan hechos o circunstancias por los cuales la celebración de cualquiera de los procedimientos de selección de contratista establecidos en el artículo 56 ponga en riesgo la satisfacción de los requerimientos e intereses del Estado, dichas entidades o instituciones podrán acogerse al procedimiento excepcional de contratación, siempre que realicen el estudio de mercado pertinente y reciban, por lo menos, tres propuestas que deben cumplir con las especificaciones entregadas por la institución. En los casos en que existan menos de tres proveedores, la entidad deberá presentar el respectivo sustento.

El procedimiento excepcional de contratación aplicará en los casos siguientes:

1. Los de adquisición o arrendamiento de bienes y/o servicios, en los cuales no haya más de un oferente o en aquellos que, según informe técnico fundado, no haya sustituto adecuado.
2. Cuando hubiera urgencia evidente, de acuerdo con el numeral 56 del artículo 2, que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista.

3. Cuando se trate de situaciones excepcionales relacionadas con urgencias o desastres naturales, previa declaratoria del Consejo de Gabinete.

4. Los contratos que excedan los trescientos mil balboas (B/.300 000.00), que constituyan simples prórrogas de contratos existentes, siempre que el precio no sea superior al pactado, cuenten con la partida presupuestaria correspondiente, no varíen las características esenciales del contrato, como sus partes, objeto, monto y vigencia, y así lo autoricen las autoridades competentes. Sin embargo, cuando existan razones fundadas se permitirá que la entidad contratante otorgue prórrogas cuya vigencia sea inferior a la pactada originalmente. En casos de arrendamientos de bienes inmuebles, en los que el Estado actúe en condición de arrendatario, se entenderá también que existe simple prórroga, siempre que el canon de arrendamiento no exceda los límites permitidos de acuerdo con el valor promedio actualizado del bien. Para efectos de esta disposición, se entenderá como valor promedio actualizado del bien el valor correspondiente hasta dos años después de la fecha del último avalúo oficial expedido por las autoridades competentes.

5. Los contratos de beneficio social, entendiéndose como tales la adquisición de un bien, servicio u obra cuyo destino exclusivo, puntual y principal comprende la satisfacción de necesidades básicas de la ciudadanía o del Estado. **Se entienden incluidos los proyectos relacionados con el desarrollo de recursos energéticos, hídricos, ambientales y otros de importancia estratégica para el desarrollo nacional.**

6. Los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles, previo avalúo correspondiente.

7. Los actos o contratos que se refieren a obras de arte o a trabajos técnicos, cuya ejecución solo pueda confiarse a artistas reputados o a reconocidos profesionales.

8. En los casos que se requiera contratar productos o servicios para corregimientos o comunidades en pobreza multidimensional.

9. Las contrataciones celebradas por la Asamblea Nacional que excedan la suma de cincuenta mil balboas (B/.50 000.00). En caso de contrataciones inferiores a este monto, estas serán autorizadas por la Directiva de la Asamblea Nacional.

10. Los contratos relacionados con la seguridad y defensa del Estado.

11. Cuando el objeto de la contratación recaiga en bienes y servicios necesarios para el desarrollo de actividades de investigación científica o desarrollo de tecnologías e innovación, por parte de entidades estrictamente caracterizadas y reconocidas dentro de estos ámbitos, y no haya oferente dentro de la República de Panamá que se ajuste al nivel técnico solicitado o cuando por razones de urgencia nacional se requiera la contratación a través de este procedimiento. Esta disposición solo será aplicable a la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. El procedimiento excepcional para la seguridad y defensa del Estado se utilizará para la adquisición de sistemas, equipos y armamento

sofisticado, entendiendo que los bienes consumibles que utilizan los estamentos de seguridad del Estado, como municiones, armas, botas, uniformes, entre otros, no podrán ser adquiridos mediante procedimiento excepcional.”

Es importante tener presente que la contratación a través de un procedimiento excepcional o especial, **también implica la presentación de un Informe técnico fundado, un anuncio de la intención de procedimiento excepcional de contratación**, entre otros requisitos previos a la aprobación del Contrato Ley, lo que no se observa en la documentación revisada, en ese sentido, estimamos que se ha vulnerado el artículo 32 de la Constitución Política de la República.

6.3. De la separación de los poderes y las funciones del Órgano Ejecutivo y el Órgano Legislativo.

Es oportuno hacer referencia a la separación de poderes pues desde su formulación solemne en el siglo XVIII, esta se concibe como un instrumento fundamental para la consecución de los objetivos del constitucionalismo, esto es, para asegurar la organización racionalizada y la limitación del Estado. *“Se trata, en efecto, señala Loewenstein, de un integrante imprescindible del bagaje estándar del constitucionalismo, del dogma más sagrado de la teoría y práctica constitucionales. La comprensión adecuada del principio comprende necesariamente al menos tres momentos: la atención a su formación en los planos conceptual e institucional hasta la obra de Montesquieu; la crítica doctrinal del principio en el plano del Derecho constitucional y la ciencia política, y la supervivencia de ese principio en la realidad, es decir, en la organización actual de los sistemas democráticos de nuestro tiempo”* (Solorsano, Echavarría J. J. “Sobre el Principio de la Separación de Poderes” Revista de Estudios Políticos (nueva Época) número 24, 1981)

Atendiendo la solemnidad y relevancia de ese principio, nuestra constitución dispone en el artículo 2: **“El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos**

*Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan **limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.***"

Al respecto, es oportuno resaltar que en diversos fallos la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que el principio de separación de poderes no es absoluto, sin embargo, debemos recordar que **se trata de una colaboración reglamentada, limitada, a los supuestos autorizados por la Constitución y las leyes.**

Para una mejor comprensión de nuestro enfoque, nos permitimos transcribir un extracto de la Sentencia de 31 de enero de 2000, a través del cual se advierte lo siguiente:

"Numerosos tratadistas han formulado comentarios respecto del mencionado principio, llegando a la ineludible conclusión de que la separaciones de poderes no es absoluta y que, en consecuencia, las ramas del poder público han de ejercer sus funciones 'en armónica colaboración'. **El jurista panameño, doctor Dulio Arroyo, después de ofrecer diversos ejemplos relativos a esa 'armónica colaboración', expresa que ésta no es más que un ejercicio armónico de funciones entre las ramas del Poder Público, que sólo puede darse y prestarse en los casos expresa y taxativamente por la Constitución y las Leyes de la República. Es decir, se trata de una colaboración reglamentada, limitada, a los supuestos autorizados por la Constitución y las leyes**' (ARROYO, Dulio. 'Sentido y alcance del artículo 2 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972 antes de la reforma introducida en 1983', en Estudios de Derecho Constitucional panameño. Compilado por Jorge Fábrega. Editorial Texto Ltda. San José. págs. 151-152). Magistrada Ponente: Mirtza Franceschi de Aguilera).

Tal como se desprende de la norma constitucional y de la sentencia citada, la forma de ejercer el poder público, es mediante las funciones de tipo legislativas, ejecutivas y judiciales. Esas funciones son, en sus actuaciones, limitadas por esa Carta fundamental y la ley, a fin de racionalizar el ejercicio del poder público, de manera que los administrados y los gobernantes conozcan hasta donde llegan sus derechos y obligaciones con el propósito de cumplir de manera satisfactoria con los fines del Estado.

Lo anterior cobra relevancia, **ante la recomendación de la Asamblea Nacional, quien a través de la Resolución No. 2 de 28 de septiembre de 2023,**

solicitó al representante del Órgano Ejecutivo el retiro del texto refrendado y sometido para su valoración, con la finalidad que se modificaran cuatro (4) presupuestos contractuales, en una abierta contravención a su función y a la norma constitucional, que como bien se resalta en el artículo 159 (numeral 15) se circunscribe a la facultad de aprobar o improbar.

Para una mejor aproximación de lo que afirmamos, nos permitimos citar la Nota MICI-DM-N-Nº-[908]-2023 de 16 de octubre de 2023, cuyo contenido dice:

“...la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos dictó la Resolución No. 2 de 28 de septiembre de 2023, en la cual se hizo un recuento de las principales inconformidades expuestas, se suspendió el debate del proyecto de Ley y se recomendó su retiro, con el objeto de atender las observaciones.

Atendiendo la recomendación de la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional, el Consejo de Gabinete emitió la Resolución No. 113 del 3 de octubre de 2023, autorizando al Ministro de Comercio e Industria para solicitar a la Asamblea Nacional el retiro del Proyecto de Ley 1043, lo cual se materializó mediante la nota MICI-DM-N-Nº-[866]-2023 de 4 de octubre de 2023.”

Lo anterior, también es reconocido y publicado en un comunicado el 4 de octubre de 2023, por la empresa First Quantum en su página web, en la que se observa lo siguiente:

“Estamos al tanto de la Resolución 02 del 28 de septiembre de 2023 emitida por la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional, que propone ajustes al proyecto de ley del contrato de concesión entre el Estado de Panamá y Minera Panamá.

El Ejecutivo ha autorizado al Ministerio de Comercio e Industrias a retirar el contrato de la Asamblea Nacional con el fin de realizar los ajustes propuestos por la Comisión en la Resolución, según se indica en un comunicado oficial.

Siempre hemos mantenido una postura abierta al diálogo y estamos preparados **para analizar y revisar los cuatro ajustes mencionados en la Resolución.** Nuestro objetivo es colaborar con el gobierno para encontrar una solución que permita la aprobación del contrato.

Al igual que, **nuestra prioridad es asegurar un contrato que proteja la inversión realizada, garantizando su seguridad**

jurídica y proporcionando estabilidad para nuestros trabajadores, comunidades, proveedores y accionistas.¹⁶

Sobre el particular, observamos que el Reglamento Interno de la Asamblea Nacional, dispone la posibilidad de solicitar modificaciones en primer debate, no obstante, la Asamblea Nacional en este tipo de Contratos Ley, está llamada, tal como indicó la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, (Sentencia 21 de diciembre de 2017) a **calificar o dar por bueno o suficiente los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, o en su defecto "improbar" o lo que es lo mismo "desaprobar" (según la definición de "improbar" del Diccionario ut supra), es decir "reprobar" o no "asentir" o "admitir como cierto o conveniente" (según la definición de "asentir") aquellos contratos propuestos que no califican por bueno o suficiente...**

La interpretación jurisprudencial citada no alcanza a actuaciones de suspensión y retiro de un proyecto para que el Órgano Ejecutivo lo corrija, entendiéndose que esto compromete aspectos de procedimiento previo como las consultas ciudadanas llevadas a cabo con el texto original (no modificado), que además requiere el refrendo de la Contraloría de la República, lo que en efecto, tuvo que realizarse por segunda ocasión, vulnerando los derechos colectivos e intereses difusos de la ciudadanía.

Precisemos que, culminado el proceso de consulta ciudadana, llevado a cabo por la empresa, el texto del contrato que fue circulado para garantizar dicha participación, ya había sido modificado una primera vez, por consiguiente, la injerencia de la Asamblea Nacional al solicitar el retiro y modificación del texto del contrato, implicó la modificación por segunda vez del texto del contrato sometido originalmente a la participación pública y consulta ciudadana.

¹⁶ <https://cobrepanama.com/nota/comunicado-9644>

6.4. Del Principio de Unidad Constitucional y la interpretación sistemática de esa Carta Fundamental (Refrendo de la Contraloría General de República).

Sobre el particular, es oportuno traer nuevamente a colación el texto de la Nota MICI-DM-N-N°-[908]-2023 de 16 de octubre de 2023, en la cual se advierte lo siguiente:

“Continúa señalando que, **concluido el proceso de consulta pública**, el texto del contrato negociado con la sociedad Minera Panamá, S.A., **fue modificado** para incluir como beneficiario al Distrito de La Pintada, Provincia de Coclé, y para transparentar la gestión directiva del Fideicomiso Conquista del Atlántico. Este texto final fue sometido al Consejo de Gabinete, que autorizó la celebración del contrato mediante Resolución de Gabinete No. 54 de 14 de junio de 2023.

El contrato suscrito **fue sometido al proceso de refrendo por la Contraloría General de la República, llevado a cabo el día 2 de agosto de 2023.** Y el 13 de agosto de 2023, el ministro de Comercio e Industrias presentó ante la Asamblea Nacional, el proyecto de Ley en referencia.

...

Posteriormente, el Ministerio de Comercio e Industrias sostuvo reuniones de negociación con la sociedad Minera Panamá S.A., a fin de atender las inquietudes planteadas por la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos, así como aquellas producto del debate ante la Asamblea Nacional y las expuestas en las giras a las comunidades aledañas a la mina, **lográndose un nuevo texto modificado del contrato negociado con la sociedad Minera Panamá, S.A que atendía dichas inquietudes.**

Este texto modificado fue sometido al Consejo de Gabinete, que autorizó la celebración del contrato mediante Resolución de Gabinete No. 114 de 10 de octubre de 2023. **El contrato modificado fue sometido al proceso de refrendo por la Contraloría General de la República, efectivamente refrendándose el día 13 de octubre de 2023.**”

En este punto, queda claro que el texto del contrato modificado no tuvo el procedimiento previo y actualizado que requería para ser refrendado por la Contraloría General del República, **pues ya no se trataba del mismo documento si no de otro, que al ser modificado, aun cuando según se informa, obedecía**

a las inquietudes de la ciudadanía, no se le dio la consulta pública inherente, sin embargo, si se sometió a un nuevo refrendo.

Es importante resaltar, que este procedimiento no advierte una simple solemnidad, por el contrario y especialmente cuando se trata de recursos naturales y el ambiente, es indispensable promover y agotar la participación ciudadana en sus diferentes modalidades.

El numeral 2 del artículo 280 de la Constitución, establece entre las funciones de la Contraloría General de la República, la de fiscalizar y regular, mediante el control previo todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley, lo que no consta en la información revisada, respecto a la tramitación del texto modificado del Contrato Ley.

Lo anterior cobra especial importancia, ya que la situación jurídica en examen, respecto al Contrato Ley para la continuación de la explotación de la minería, nos lleva a hacer referencia obligatoria al principio de "Unidad Constitucional", el cual nos permitimos explicar mediante la Sentencia de 19 de julio de 2000, en la cual el Magistrado Sustanciador señaló siguiente:

"Sobre el tema, es oportuno traer a colación el comentario que esbozó el Magistrado Arturo Hoyos en su obra 'LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL', quien al referirse al 'Principio de Unidad de la Constitución', dijo lo siguiente:

'Este principio es una consecuencia de la aplicación del método sistemático de interpretación jurídica al plano constitucional. La norma constitucional no debe interpretarse en forma aislada, sino que debe verse su sentido considerándola dentro del conjunto constitucional'. (HOYOS, Arturo, 'LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL', Edit. TEMIS, S. A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, págs. 23-24.)

A punto seguido, el autor citó la Sentencia de 5 de abril de 1990, en la cual la Corte Suprema de Justicia en Pleno, declaró inconstitucionales diversas normas, indicando lo siguiente:

'...ni esta norma ni cualesquiera otras de la 'ley de leyes', debe interpretarse aisladamente, toda vez que, de lo contrario, a juicio de la Corte, se caería en el riesgo de apreciar el verdadero sentido orgánico de la Constitución, guiándose por el aspecto de su articulado, prescindiendo, así, de los preceptos que conforman su unidad, en cuanto a los principios y temas que la Carta Fundamental postula.

...

Esta interpretación, aislada y restrictiva, sin establecer la necesaria concordancia entre los preceptos constitucionales, con olvido de la unidad de la Constitución, impide conocer el verdadero sentido y la finalidad real del estatuto fundamental de la República, como ha ocurrido en el caso de las normas legales acusadas por los demandantes.

A propósito de este criterio de interpretación basado en la unidad orgánica de la Constitución (que la Corte comparte) el tratadista KONRAD HESSE citado por el Doctor Arturo Hoyos, ha dicho que:

'... la relación e interdependencia existente entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aisladamente sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentra en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral'

..." (El resaltado es nuestro).

Este criterio es reiterado y complementado por el autor Linares Quintana, citado por el Dr. César Quintero en la obra 'INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL', y que sobre las reglas de interpretación constitucional, dice:

'd) La Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el cual el significado de cada parte debe determinarse en armonía con el de las partes restantes...

e) Ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice y no la que coloque en pugna a las distintas cláusulas de la Ley Suprema.' (QUINTERO, César, INTERPRETACION CONSTITUCIONAL, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 1ª Edición, 1999, págs. 36-37).

Es decir, que por deber interpretarse la Constitución como un todo, armónico, no puede considerarse ninguna de sus normas de manera aislada, porque afecta dicho principio de unidad.

6.5 Control Constitucional y Convencional, cuyo enfoque dirigimos a la materia ambiental, frente a los mecanismos y herramientas estatales respecto a las garantías del acceso a la información, la participación ciudadana y la justicia ambiental.

Para las reflexiones de este apartado, es indispensable referirnos al contenido del capítulo denominado "Régimen Ecológico", recogido en nuestro Texto Fundamental, a través del cual se advierte la importancia y protección del ambiente; y establece que la ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales, veamos:

Capítulo 7° Régimen Ecológico.

"Artículo 118. Es deber fundamental del Estado garantizar que la población viva en un ambiente sano y libre de contaminación, en donde el aire, el agua y los alimentos satisfagan los requerimientos del desarrollo adecuado de la vida humana."

"Artículo 119. El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas."

"Artículo 120. 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."

"Artículo 121. La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales."

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977, ha sido reconocida en conjunción con el artículo 32 de nuestra Carta Magna, como un elemento integrante del Bloque de la Constitucionalidad, tal como lo explica el Doctor Arturo Hoyos en su obra titulada "*La Interpretación Constitucional*".

En ese sentido, afirma que el Bloque de la Constitucionalidad lo integran, según criterio sostenido por esa Superioridad, ciertas normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos en el evento que éstas amplíen o contribuyan al reforzamiento de los derechos fundamentales.

Al respecto, cabe señalar que es el **caso Almonacid Arellano vs. Chile**, en el que dicho Tribunal Internacional inició el abordaje explícito de control de convencionalidad, al ocuparse del control indicando que **cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, sus jueces como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin.**

En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención (Sagüés, 2009).

Lo anterior cobra relevancia, puesto que es con ese tipo de expresiones internacionales, que se impactan las legislaciones y las políticas ambientales de América Latina y surgen principios como el *Desarrollo Sustentable* el cual consiste en *“satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”*¹⁷

Esa naturaleza cuya tutela trasciende incluso fronteras, es recogida ampliamente en la **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017**, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia ambiental, emitida en razón de la consulta realizada por Colombia respecto **a la responsabilidad del**

¹⁷ Comisión Brundtland: Nuestro Futuro Común, 2004, www.desarrollosostenible.wordpress.com.

Estado en el marco del cumplimiento de obligaciones ambientales sobre algunas situaciones ocurridas dentro y fuera de su territorio, lo que aplica a nuestro derecho interno y nos permitirá analizar el enfoque de ese Tribunal Internacional, veamos:

“Esta Corte ha indicado que, en aras del interés general que revisten sus opiniones consultivas, no procede limitar el alcance de las mismas a unos Estados específicos. Las cuestiones planteadas en la solicitud trascienden el interés de los Estados parte del Convenio de Cartagena y son de importancia para todos los Estados del planeta. **Por tanto, este Tribunal considera que no corresponde limitar su respuesta al ámbito de aplicación del Convenio de Cartagena. Además, tomando en cuenta la relevancia del medio ambiente en su totalidad para la protección de los derechos humanos, tampoco estima pertinente limitar su respuesta al medio ambiente marino. En la presente Opinión, la Corte se pronunciará sobre las obligaciones estatales en materia ambiental que se relacionan más íntimamente con la protección de derechos humanos, función principal de este Tribunal, por lo cual se referirá a las obligaciones ambientales que se derivan de las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos.**”

Dicho lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, inició su análisis advirtiéndolo siguiente:

“LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE Y LOS DERECHOS HUMANOS CONSAGRADOS EN LA CONVENCION AMERICANA.

Esta Opinión constituye una de las primeras oportunidades de este Tribunal para referirse, de manera extendida, sobre las **obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana**

...

A. La interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente

47. Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos. Asimismo, el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”), resalta la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales - que incluye el derecho a un medio ambiente sano - y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el

reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

"B. Derechos humanos afectados por la degradación del medio ambiente, incluyendo el derecho a un medio ambiente sano

57. En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el **artículo 11 del Protocolo de San Salvador**:

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.

2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última 'contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere') y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma. **La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.**

58. El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. **En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras.** Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. **La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.**

59. El Grupo de Trabajo sobre el Protocolo de San Salvador, ha indicado que el derecho al medio ambiente sano, tal como está previsto en el referido instrumento, conlleva las siguientes cinco obligaciones para los Estados: a) **garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, un medio ambiente sano para vivir;** b) garantizar a toda persona, sin discriminación alguna, servicios públicos básicos; c) **promover la protección del medio ambiente;** d) **promover la preservación del medio ambiente,** y e) **promover el mejoramiento del medio ambiente.** Asimismo, ha establecido que **el ejercicio del derecho al medio ambiente sano debe guiarse por los criterios de disponibilidad, accesibilidad, sostenibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, común a otros derechos económicos, sociales y culturales.** A efectos de analizar los informes de los Estados bajo el Protocolo de San Salvador, en 2014 la Asamblea General de la OEA aprobó ciertos indicadores de progreso para evaluar el estado del medio ambiente en función de: a) las condiciones atmosféricas; b) la calidad y suficiencia de las fuentes hídricas; c) la calidad del aire; d) la calidad del suelo; e) la biodiversidad; f) la producción de residuos contaminantes y manejo de estos; g) los recursos energéticos, y h) el estado de los recursos forestales .

60. Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ha destacado que el derecho a un medio ambiente sano impone a los Estados la obligación de **adoptar medidas razonables para prevenir la contaminación y degradación ecológica, promover la conservación y asegurar un desarrollo y uso de los recursos naturales ecológicamente sostenibles, así como supervisar y fiscalizar proyectos que pudieran afectar el medio ambiente.**

61. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.

En el marco de lo expuesto, y en torno a la participación ciudadana para la aprobación del Contrato Ley bajo análisis, es importante señalar que mediante la Ley 125 de 4 de febrero de 2020, Panamá aprueba el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en

Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, también conocido como “Acuerdo de Escazú”, por el lugar donde fue adoptado (4 de marzo de 2018 en Escazú, Costa Rica), el cual fue negociado por los Estados con la participación significativa de la sociedad civil y del público en general, y que **constituye el primer tratado sobre asuntos ambientales de la región, derivado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) y fundamentado en el Principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.**

Dicho tratado ambiental entró en vigor el 22 de abril de 2021, luego de haberse alcanzado el 22 de enero de ese mismo año, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22¹⁸ del referido acuerdo, el número de ratificaciones necesarias para su implementación en los países de América Latina y el Caribe que a la fecha lo han suscrito y sancionado, pasando a ser Estados Parte¹⁹.

El objetivo de este Acuerdo Regional, jurídicamente vinculante, es **garantizar el derecho de todas las personas a tener acceso a la información de manera oportuna y adecuada, a participar de manera significativa en las decisiones que afectan sus vidas y su entorno y a acceder a la justicia cuando estos derechos hayan sido vulnerados.** En el mismo, se reconocen los derechos de todas las personas, se proporcionan medidas para facilitar su ejercicio y, lo que es más importante, se establecen mecanismos para hacerlos efectivos.

Puntualmente, **el Acuerdo de Escazú recalca que la participación amplia y activa del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible**, en este sentido, el artículo 7 de la Ley 125 de 4 de febrero de 2020²⁰,

¹⁸ Pág. 23 de la Gaceta Oficial Digital 28956-A de 06 de febrero de 2020 http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/28956-A_53883.pdf

¹⁹ <https://www.cepal.org/es/comunicados/acuerdo-escazu-entra-vigor-america-latina-caribe-dia-internacional-la-madre-tierra>

²⁰ Pág. 13-15 de la Gaceta Oficial Digital 28956-A de 06 de febrero de 2020 http://gacetas.procuraduria-admon.gob.pa/28956-A_53883.pdf

desarrolla un total de **diecisiete (17) compromisos** que cada Estado Parte debe **asumir para garantizar la participación pública** en los procesos de toma de decisiones ambientales, entre los cuales destacamos:

1. Asegurar el derecho de participación del público y, para ello, **se compromete a implementar una participación abierta e inclusiva en los procesos de toma de decisiones ambientales**, sobre la base de los marcos normativos interno e internacional;

2. **Garantizar mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como autorizaciones que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente y puedan afectar la salud; o relacionada a asuntos ambientales de interés público.**

3. **Adoptar medidas para asegurar que la participación del público sea posible desde etapas iniciales del proceso de toma de decisiones**, de manera que las observaciones del público sean debidamente consideradas y contribuyan en dichos procesos, siendo necesario, en este sentido, que cada Estado Parte proporcione de manera clara, oportuna y comprensible, la información necesaria para hacer efectivo su derecho de participación;

4. **El procedimiento de participación contemplará plazos razonables** que dejen tiempo suficiente para informar al público y para que este participe en forma efectiva;

5. **El público será informado de forma efectiva, comprensible y oportuna**, a través de medios apropiados, como mínimo sobre:

- a. El tipo o naturaleza de la decisión ambiental de que se trate;
- b. La autoridad responsable del proceso de toma de decisiones e instituciones involucradas;
- c. El procedimiento previsto para la participación del público, así como los mecanismos previstos para dicha participación (fechas y lugares); y

d. Las autoridades públicas involucradas a las que se les pueda requerir mayor información sobre la decisión ambiental, y los procedimientos para solicitar la información.

6. El derecho de participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones ambientales incluirá la oportunidad de presentar observaciones y **antes de la adopción de la decisión, la autoridad pública tomará debidamente en cuenta el resultado del proceso de participación;**

7. Velar por que, **una vez adoptada la decisión, el público sea oportunamente informado de ella y de los motivos y fundamentos que la sustentan, así como del modo en que se tuvieron en cuenta sus observaciones;**

8. Establecer las condiciones para que la participación pública en proceso de toma de decisiones ambientales se adecúe a las características sociales, económicas, culturales, geográficas y de género del público;

9. **Alentar el establecimiento de espacios apropiados de consulta en asuntos ambientales o el uso de los ya existentes,** en los que puedan participar distintos grupos y sectores de la sociedad; y

10. **Realizar esfuerzos por identificar al público directamente afectado por proyectos que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el ambiente,** y promover acciones específicas para facilitar su participación.

En las generalizaciones anteriores, podemos colegir que ***el Acuerdo de Escazú reconoce que todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones del gobierno sobre cuestiones ambientales;*** en ese sentido, podemos distinguir dos (2) temas en los cuales se deberá contemplar la participación ciudadana, a saber: a) **actividades y proyectos a los que se debe otorgar una licencia o autorización,** y b) **decisiones vinculadas a otros asuntos de interés público, tales como estrategias, políticas, programas, normas y reglamentos sobre cuestiones ambientales,** para lo cual se establecen una serie de disposiciones generales que los Estados Parte deberán

aplicar y cumplir, a fin de **fomentar una participación abierta e inclusiva desde las etapas iniciales del proceso de toma de decisiones**, de ahí que, **se deberá brindar información adecuada y suficiente para una participación efectiva en espacios adecuados y donde los procedimientos y mecanismos de participación contemplen plazos razonables.**

Visto de esta forma, el Acuerdo de Escazú constituye un instrumento jurídico de carácter vinculante que tiene como objetivo garantizar un derecho constitucional y universal básico: el derecho humano a disfrutar de un ambiente sano como requisito imprescindible para el pleno disfrute de otros derechos humanos, como son el derecho a una vida digna, a la salud, la vivienda, la alimentación, el agua y el saneamiento; por tanto, su implementación resulta relevante para superar las causas de los conflictos socioambientales como la que nos ocupa.

En esa línea de pensamiento estimamos que si bien la empresa realizó sus esfuerzos para generar la participación ciudadana, debemos tener presente que cuando nos referimos a recursos naturales y a la afectación ambiental, se configuran los derechos colectivos, de modo que, la participación ciudadana no se debe circunscribir a las áreas aledañas a las actividades de la industria.

6.6 Observaciones adicionales, sobre algunas cláusulas puntuales:

De la lectura del Contrato Ley en estudio, hemos observado algunas cláusulas que desde nuestra óptica constitucional, conllevan un espíritu exorbitante en favor de la empresa, por lo que estimamos que le asiste razón a los activadores constitucionales respecto a la infracción de los artículos 17,19 y 20 de la Constitución Política de la República.

Es importante tener presente que además de la normativa constitucional y de corte internacional que hemos precisado antes, el artículo 258 de la Constitución Política, advierte lo siguiente:

“Artículo 258. Pertenecen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada:

1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.

2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.

3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.

4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.

5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público. En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado.

Lo anterior, nos permite colegir que las cláusulas han sido aprobadas al margen de estas premisas jurídicas, por lo que, son claramente contrarias a la Constitución, teniendo presente que las Partes manifiestan que las normas que rigen su contratación son aquellas pactadas en el Contrato Ley, debido al acuerdo de voluntades entre aquellas.

Por otro lado, en cuanto a si la conformación de la sociedad First Quantum, corresponde a Estados extranjeros, es oportuno precisar que, el Decreto Ley 23 de 22 de agosto de 1963, que aprobó el Código de Recursos Minerales, dispone que **los Gobiernos o Estados extranjeros, ni ninguna entidad o institución oficial o semioficial extranjera, ni las personas jurídicas en las cuales tenga participación directa o indirecta algún gobierno o Estado extranjero podrá obtener concesiones mineras por sí, ni por interpuesta persona. Veamos:**

“Artículo 4. No podrán obtener concesiones mineras por sí, ni por interpuesta persona, ni podrán ejercerlas o disfrutarlas, ninguno de los que a continuación se mencionan:

1. Los Gobiernos o Estados extranjeros, ni ninguna entidad o institución oficial o semioficial extranjera, ni las personas jurídicas en las cuales tenga participación directa o indirecta algún gobierno o Estado extranjero;

2. Los funcionarios o empleados públicos que directa o indirectamente tuviesen el deber de intervenir, por razón de sus

funciones, en la adjudicación, operación, o explotación de las concesiones mineras. Esta prohibición, que se extiende al período de un (1) año a partir del momento en que el funcionario cese en sus funciones, comprende así mismo a los cónyuges, padres, hermanos o hijos que dependan o estén bajo la tutela de esos funcionarios o empleados. Sin embargo, esta prohibición no será aplicable a aquellos derechos adquiridos por herencia; y

3. Las personas que estuviesen en mora con el Fisco Nacional con respecto a cualquier pago o tributación referente a alguna concesión minera, a menos que hubiesen instituido una garantía aceptable o que hubiesen depositado a favor del Tesoro Nacional suficiente dinero para satisfacer las deudas.”

Lo anterior implica que, de configurarse alguno de los supuestos descritos podríamos enfrentar la infracción de los artículos 290, 292 y 295 de la Constitución Política de la República, cuyo texto indica que **ningún gobierno extranjero ni entidad o institución oficial o semioficial extranjera podrán adquirir el dominio sobre ninguna parte del territorio nacional.**

VII. Conclusiones.

En virtud de los cargos de infracción aludidos por el activador constitucional y de otros supuestos observados por esta Procuraduría, estimamos que la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, es inconstitucional debido a que:

1. Se ha infringido la Constitución Política, ante la ausencia de la licitación pública ordenada en el artículo 266 y en concordancia con el artículo 257 y 32.

2. Se ha infringido la Constitución Política, ante la ausencia de la naturaleza de bienestar social e interés público consagrado en el artículo 259.

3. Se ha infringido la Constitución Política, debido a la aprobación de la Asamblea Nacional, sin realizar un análisis para calificar de bueno y suficiente el Contrato de Concesión, dispuesto en el artículo 159 (numeral 15), cuya aplicación y alcance fue interpretada por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la Sentencia de 21 de diciembre de 2017.

4. Se ha infringido la Constitución Política, ante la ausencia de una consulta pública efectiva y previa, que garantizara el acceso a la información y participación ciudadana en general y no solo de las comunidades aledañas; ello de conformidad,

con la Ley 125 de 4 de febrero de 2020, cuya inadecuada aplicación vulnera el artículo 4.

5. Se ha infringido la Constitución Política, ante las cláusulas en la que se restringe el acceso a la justicia, especialmente porque la naturaleza del Contrato de Concesión, conlleva un importante impacto ambiental, que contraviene la Ley 125 de 4 de febrero de 2020, cuya inadecuada aplicación vulnera el artículo 4.

6. Se ha infringido la Constitución Política, en sus artículos 17, 19 y 20, en concordancia con el artículo 258, debido a la aprobación de cláusulas que comprometen el espacio aéreo, las tierras y otros bienes que no pueden ser objeto de apropiación privada.

7. Se ha infringido la Constitución Política, en sus artículos 290, 292 y 295 debido a la aprobación de cláusulas que, entre otros, permiten la apropiación de bienes por parte de Estados extranjeros.

VIII. Reflexiones Finales

No cabe duda que ciertos temas constitucionales cuando son abordados, en busca de una respuesta, generan grandes polémicas y muchos debates, como lo es el tema objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad.

De ahí la importancia y el significado de la respuesta oportuna en cuanto a las decisiones que haya que adoptar y asumir con respecto a los mismos.

En ese sentido, al proceder a emitir la presente opinión de índole jurídico-constitucional, tuvimos muy presente, las acertadas palabras del ya citado jurista panameño, Dr. Carlos Bolívar Pedreschi, cuando aseveraba que, “la verdadera finalidad del control de constitucionalidad está en el interés de garantizar un determinado *orden de valores y de intereses*, prevalentes en un momento dado y en una sociedad determinada” (Carlos Bolívar Pedreschi. El control de constitucionalidad en Panamá. Panamericana Formas e Impresos, Colombia, 2017, p. 427).

La existencia de esos valores e intereses regulados en la Constitución y que hay que preservar, es lo que explica, por ejemplo, que desde un inicio en el Preámbulo de nuestra Constitución se deja consignado que la misma se establece, “con el fin supremo de fortalecer la nación”, fin que se debe lograr y alcanzar, mediante hechos concretos que han de ponerse en práctica, básicamente, por todas las autoridades que constituyen los poderes constituidos del Estado, como todos los integrantes del pueblo que constituyen la nación.

De igual manera, la existencia de los valores e intereses superiores previstos en la Constitución, toman forma jurídica cuando se deja señalado, por ejemplo, en el numeral 5 del artículo 257 de la Constitución, que “las riquezas del subsuelo”, que son bienes pertenecientes al Estado panameño, que es lo mismo que decir que pertenecen al pueblo panameño, “podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley”, por lo que, como se ha dejado consignado en esta Vista en la que se emite nuestra opinión, si para explotar tales riquezas se debe convocar previamente a una licitación, por el valor que éstas tienen como patrimonio de la nación, dicho procedimiento no podía ser obviado en momento alguno.

Lo que debe quedar claro, en todo caso, es que, cuando el constituyente alude y regula temas que guardan relación con los valores e intereses públicos, éstos no han de ser tratados, en manera alguna, como si de simples normas ornamentales se tratasen. Si se han establecido en la Constitución es para cumplirlos.

Finalmente, dejamos consignadas en esta opinión que emitimos, en razón de la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra del artículo 1 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, las palabras que en su momento expresara el Dr. Carlos Iván Zúñiga, cuando señalara que, hay momentos supremos y de conciencia que hay que afrontar, a lo que se preguntaba el insigne patriota, “¿sabe usted cuál

es ese momento? Es el momento de la dignidad; de la autoestima, de los principios que indican que nada existe por encima de un estado de conciencia”.

Por las razones antes expuestas, solicitamos a los miembros de esa Alta Corporación de Justicia, en Pleno, se sirva declarar que **SON INCONSTITUCIONALES los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, aprobada por la Asamblea Nacional** y publicada en Gaceta Oficial 29894 A de 20 de octubre de 2023, toda vez que, tal como lo indicaron los activadores constitucionales, infringen los artículos 17, 19, 20, 290, 292 y 295 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaria General