

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 471

Panamá, 10 de julio de 2020

Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

El Licenciado Agapito González Gómez, en nombre y representación de **José Blandón Figueroa**, solicita que se declare, nula, por ilegal, la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, y para que se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Cuestión previa.

Mediante la **Vista 1050 de 8 de octubre de 2019**, esta Procuraduría de la Administración dentro de la demanda de nulidad presentada el día 6 de febrero de 2019, por el Doctor Donald A. Sousa Guevara, en nombre y representación de **Víctor Manuel Martínez Cedeño**, por medio de la cual solicitó la declaratoria de ilegalidad, de la Resolución Dieora IA-058 de 17 de mayo de 2018, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, por cuyo conducto se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Categoría II, para el Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario), **emitió opinión legal** sobre la legalidad de dicho acto (Cfr. Expediente 95-19).

II. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Agapito González Gómez, en nombre y representación de **José Blandón Figueroa**, acudió a la Sala Tercera el día 17 de diciembre de 2018, para solicitar que se declare, nula, por ilegal, la **Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018**, emitida por el **Ministerio de Ambiente**, a través de la cual se aprobó el **Estudio de Impacto Ambiental Categoría II**, para el

Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario); y, entre sus pretensiones, solicitó la suspensión provisional de los efectos de la misma (Cfr. fojas 1 a 54 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal a través de la **Resolución de 11 de febrero de 2019**, **accedió** a la suspensión provisional solicitada por el demandante (Cfr. fojas 111 a 117 del expediente judicial).

En otro orden de ideas, este Despacho advierte que a través de la Resolución de 4 de junio de 2019, fue admitida como tercera coadyuvante el **Centro de Incidencia Ambiental**, debidamente representada por las Licenciadas Luisa Pilar Araúz Arredondo y María Gabriela Dutari (Cfr. fojas 142-162 y 238-240 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, mediante el Fallo de 4 de junio de 2019, fue admitido como tercero interesado el **Ministerio de Obras Públicas**, quien a través de sus apoderados judiciales contestaron la demanda, negando algunos hechos de la misma; rechazando los conceptos de infracción invocados por el accionante; y, reiteraron la solicitud de levantamiento de la medida cautelar de la suspensión provisional del acto que se acusa de ilegal, presentada previo a su contestación (Cfr. fojas 198-210, 241-243 y 254-268 del expediente judicial).

Cabe agregar que, la mencionada suspensión de la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, **se mantuvo hasta el 30 de diciembre de 2019**, cuando la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, accedió a la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional de la mencionada resolución administrativa, presentada por el Ministerio de Obras Públicas, que había sido decreta por la Resolución de 11 de febrero de 2019 (Cfr. fojas 367-383 del expediente judicial).

III. Normas que se aducen infringidas.

El actor estima que la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, ya descrita, vulnera las siguientes disposiciones:

A. El artículo 976 del Código Civil, que se refiere, a que aquellas obligaciones civiles que nazcan de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes (Cfr. fojas 21 y 22 del expediente judicial);

B. El artículo 16 (numeral 6) del Texto Único de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que ordenó sistemáticamente la Ley 22 de 27 de junio de 2006, según el cual son obligaciones de las entidades contratantes, cumplir con aquellos compromisos que les correspondan, de forma que el contratista pueda ejecutar oportunamente lo previsto en el contrato y en el pliego de cargos (Cfr. página 15 de la Gaceta Oficial 28,483-B de 14 de marzo de 2018 y fojas 22-24 del expediente judicial);

C. El artículo 7 del Texto Único de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá, que guarda relación con las actividades, obras o proyectos, públicos o privados, que por su naturaleza, características, ubicación o recursos puedan generar riesgo ambiental, requerirá de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de su ejecución, de acuerdo con su reglamentación (Cfr. página 11 de la Gaceta Oficial 28,131-A de 4 de octubre de 2016 y fojas 24 y 25 del expediente judicial);

D. La cláusula cuarta del Decreto Ley 6 de 10 de febrero de 1998, por el cual se aprueba el contrato entre el Estado y la Fundación Ciudad del Saber para el establecimiento y desarrollo de la Ciudad del Saber, que señala, entre otras cosas, que el Estado le garantiza a la Fundación el uso pleno y pacífico de los terrenos, edificios, instalaciones y demás bienes que le traspasa mediante dicho contrato (Cfr. página 18 de la Gaceta Oficial 23,480 de 12 de febrero de 1998 y fojas 25 y 26 del expediente judicial);

E. Los artículos 4 y 6 (numerales 3 y 4) de la Ley 30 de 30 de diciembre de 1992, por la cual se establece el Parque Nacional Camino de Cruces; el primero de los cuales establece los objetivos de dicho Parque; y, el segundo señala, la prohibición de realizar dentro del mismo actividades que sean contrarias a lo establecido en la ley; es decir, la tala de árboles, rozas y quemas, así como la construcción de obras civiles, salvo aquellas que contribuyen al mantenimiento y a la conservación del mencionado parque y que garanticen estos aspectos (Cfr. páginas 5, 6 y 7 de la Gaceta Oficial 22,198 de 6 de enero de 1993 y fojas 26-30 del expediente judicial);

F. El Anexo I de la Ley 21 de 2 de julio de 1997, por la cual se aprueba el plan regional para el desarrollo de la Región Interoceánica y el plan general de uso, conservación y desarrollo del área aérea del Canal, que contiene las regulaciones de la categoría de ordenamiento territorial, como es el caso, de las áreas silvestres protegidas, en particular lo que se refiere a los criterios de determinación

de dichas áreas (Cfr. páginas 8 y 9 de la Gaceta Oficial 23,323 de 3 de julio de 1997 y fojas 30-33 del expediente judicial);

G. El literal "a", numeral 1 del artículo 14 de la Ley 2 de 12 de enero de 1995, por la cual se aprueba el Convenio sobre la diversidad biológica, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992, que se refiere, a la evaluación del impacto y la reducción al mínimo del impacto adverso, y que señala que cada Parte contratante en la medida de lo posible y según proceda, establecerá procedimientos apropiados; esto es, que se exija la evaluación de impacto ambiental de los proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos y, cuando proceda, permitirá la participación del público en dichos procedimientos (Cfr. página 13 de la Gaceta Oficial 22,704 de 17 de enero de 1995 y fojas 33-34 del expediente judicial);

H. El artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, relativo a la obligación de las instituciones del Estado de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar sus intereses y derechos; entre éstos, los concernientes a la construcción de infraestructuras (Cfr. página 10 de la Gaceta Oficial 24,476 de 23 de enero de 2002 y fojas 34-37 del expediente judicial);

I. El artículo 5 de la Ley 8 de 25 de marzo de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente y dicta otras disposiciones, establece que, esta entidad deberá convocar a consulta pública sobre los temas o problemas ambientales, que por su importancia, requieran ser sometidos a la consideración de la población (Cfr. página 69 de la Gaceta Oficial 27749-B de 27 de marzo de 2015 y fojas 37-46 del expediente judicial); y

J. El numeral 15 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, sobre régimen municipal, que fuera modificado por la Ley 66 de 29 de octubre de 2015, según el cual los Concejos Municipales tendrán competencia exclusiva para reglamentar lo relativo a las obras de construcciones que se ejecuten en el distrito, los servicios públicos municipales y la publicidad exterior, teniendo en cuenta las disposiciones generales sobre salubridad, planificación y desarrollo urbano (Cfr. páginas 22 y 23 de la Gaceta Oficial 27,901-A de 30 de octubre de 2015 y fojas 46-48 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Al sustentar el concepto de la violación de las disposiciones listadas en el apartado anterior, el apoderado judicial de **José Blandón Figueroa** señala, entre otras cosas, que el Estudio de Impacto Ambiental Categoría II del proyecto denominado "*Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario)*", el cual fue aprobado por el Ministerio de Ambiente, mediante la Resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, acusada de ilegal, incumplió la obligación derivada del contrato de obra AL-1-73-17, suscrito entre el Ministerio de Obras Públicas y el Consorcio Astaldi-MCM, que exigía la presentación y aprobación de un estudio de impacto ambiental Categoría III para el mencionado proyecto; sin embargo, la promotora presentó al Ministerio de Ambiente un estudio de impacto ambiental Categoría II, distinta a la que se exigía en dicho contrato, lo que resulta contrario a las obligaciones contractuales (Cfr. fojas 21-24 del expediente judicial).

En adición a tales argumentos, el accionante señala, que la presentación del estudio de impacto ambiental, como su aprobación, tuvieron lugar después de haber iniciado las actividades del proyecto, ya que mediante la Nota DM-DIAC-AAJCO-175-18 de 16 de enero de 2018, el Ministerio de Obras Públicas dio la orden de proceder al contratista, para que iniciaran las obras del proyecto, y la Resolución DIEORA-IA-058-2018 fue expedida posteriormente; es decir, el 17 de mayo de 2018; por lo que, a su juicio, el Ministerio de Ambiente al emitir el acto acusado de ilegal, lo expidió de manera extemporánea, con lo que infringió las normas de protección ambiental, causando un grave daño al medio ambiente (Cfr. fojas 24 y 25 del expediente judicial).

Igualmente, indica que el acto administrativo demandado, permitió que los bosques protegidos en el área del Parque Nacional Camino de Cruces, se le diera un uso distinto al previsto en las normas convencionales, legales y reglamentarias en materia ambiental; puesto que, según expresa, en el mismo se incumplieron las disposiciones de protección ambiental y, a su criterio, el proyecto en mención causa un grave daño al medio ambiente, a saber, la tala de aproximadamente una superficie de ciento diez (110) hectáreas de bosque natural de las áreas revertidas, lo que altera el bosque de protección para conservar la masa boscosa existente, cuya biodiversidad contribuye a la producción de agua y a la conservación de la vida silvestre y al forraje, que favorece a la estabilidad de los suelos

adyacentes al área del Canal de Panamá proclive a deslizamientos, y además que dan forma a un complejo ecosistema necesario para las operaciones del Canal de Panamá (Cfr. fojas 26-33 del expediente judicial).

El recurrente afirma que todas las decisiones que vayan a adoptar las autoridades ambientales en materia de construcción de infraestructura y que puedan afectar intereses y derechos de grupos de ciudadanos deben ser sometidos a consulta ciudadana, conforme lo indica el artículo 24 de la Ley de Transparencia; sin embargo, la Resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, acusada de ilegal, señala que aun cuando se cumplió con las publicaciones del aviso del proyecto en un medio de circulación nacional y en las tablillas del Municipio de Panamá; y que los residentes de Los Ríos y Corozal dieron su opinión sobre la construcción del proyecto; no obstante, manifiesta que dicho proyecto impacta directa e indirectamente a las moradores de Cárdenas, Clayton, Los Ríos, Corozal, Ciudad del Saber, y a otras poblaciones urbanas del distrito de Panamá, así como a los bosques de áreas protegidas y sobre una masa vegetal constituida por bosques de protección de las fuentes hídricas necesarias para la operación del Canal de Panamá, lo que, demuestra que la actuación de la entidad demandada deja en evidencia la figura de la desviación de poder, ya que la aprobación del estudio de impacto ambiental, en una categoría distinta a la exigida en el contrato, se hizo con la finalidad de favorecer la ejecución del proyecto, lo que a todas luces no permitió que se realizaran otros mecanismos de consulta pública, como el foro o la audiencia pública.

Adicionalmente, sostiene que la institución demandada, infringió el principio de precaución, que exige cautela y prudencia en la toma de decisiones que puedan afectar el medio ambiente, especialmente en un proyecto de tal trascendencia, cuyos riesgos y efectos negativos sobre las comunidades y la biodiversidad no podían ser estimados y anticipados en el momento de su análisis y evaluación (Cfr. fojas 34-46 del expediente judicial).

Finalmente, alega, por una parte, que de acuerdo con la Resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, emitida por el Ministerio de Ambiente, se advierte a la promotora del proyecto que, antes de iniciar cualquier movimiento de tierra, excavación o construcción, deberán ser sometidos a la evaluación y aprobación de la Autoridad del Canal de Panamá; sin embargo, omitió señalar la obligación que tiene la promotora de solicitar ante el Municipio de Panamá la obtención del permiso

de movimiento de tierra y de construcción; por lo que, a su juicio, dicha entidad pública al emitir el acto acusado infringió las normas de orden municipal que rigen para el distrito de capital (Cfr. fojas 46-48 del expediente judicial).

IV. Antecedentes.

Luego de expuestos los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión del recurrente, esta Procuraduría procede a emitir su concepto jurídico haciendo las siguientes consideraciones.

Según consta en autos, el **Ministerio de Ambiente**, aprobó el **Estudio de Impacto Ambiental Categoría II**, para el Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario) mediante la Resolución Dieora IA-058 de 17 de mayo de 2018 (Cfr. fojas 55-69 del expediente judicial).

Ahora bien, tal como se advierte en las líneas que anteceden, la disconformidad del demandante radica, en que el acto acusado, fue emitido sin observar los requisitos adecuados para su aprobación, lo que se resume en lo siguiente: **el incumplimientos de las obligaciones pactada en el contrato de obra; que el estudio de impacto ambiental se debió emitir previo a la ejecución del proyecto; el incumplimiento de las disposiciones de protección ambiental, lo que causó un grave daño al medio ambiente; que se calificó el Estudio de Impacto Ambiental en una categoría distinta a la indicada en el contrato y el pliego de cargos; que no se realizó el foro o audiencia pública; y, que se omitió solicitar los permisos correspondientes al Municipio de Panamá** (Cfr. fojas 21 a 48 del expediente judicial).

Al respecto, se observa que el **Ministerio de Ambiente**, remite a la Sala Tercera, su informe de conducta, a través del cual hace un recuento de las actuaciones de la entidad con referencia a la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, Categoría II, que ocupa nuestra atención, y emite su criterio con relación a los cargos de infracción mencionados por el actor en su demanda, y en su parte medular, señala lo que a continuación citamos:

"II. En atención a los argumento esbozados por la parte demandante, producto de la demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, contra la Resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, dictada por este Ministerio, indicamos lo siguiente:

A. CATEGORÍA DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL

...

El artículo 17 del Decreto Ejecutivo 123 de agosto de 2009, señala que será el consultor y el Promotor tomando en cuenta los criterios de protección ambiental los que propondrán la categoría del Estudio de Impacto Ambiental, la cual será ratificada o no por la Autoridad.

...

Que en tal sentido, el proceso de evaluación de impacto ambiental contemplará tres categorías de Estudio de Impacto Ambiental en virtud de la eliminación, mitigación y/o compensación de los potenciales impactos ambientales negativos que un proyecto, obra o actividad pueda inducir en el artículo 23, por lo que el Promotor y las autoridades ambientales deberán considerar los cinco criterios de protección ambiental, en la elaboración y evaluación de los Estudios de Impacto Ambiental, de acuerdo a las siguientes categorías:

Estudio de Impacto Ambiental Categoría I:

...

Estudio de Impacto Ambiental Categoría II: Documentos de análisis aplicable a los proyectos, obras o actividades incluidos en la lista taxativa prevista en el artículo 16 de este Reglamento, cuya ejecución pueda ocasionar **impactos ambientales negativos de carácter significativo que afecten parcialmente el ambiente;** los cuales pueden ser eliminados o mitigados con medidas conocidas y fácilmente aplicables, conforme a la normativa ambiental vigente.

Se entenderá, para los efectos de este reglamento, que habrá afectación parcial del ambiente cuando el proyecto, obra o actividad no genere impactos ambientales negativos significativos de tipo acumulativo o sinérgico.

Estudio de Impacto Ambiental Categoría III: Documentos de análisis aplicable a los proyectos, obras o actividades incluidos en la lista taxativa prevista en el artículo 16 de este Reglamento, cuya ejecución pueda producir **impactos ambientales negativos de tipo indirecto, acumulativo y/o sinérgico de significación cuantitativa y/o cualitativa que ameriten, por tanto, un análisis más profundo para su evaluación** y la identificación y aplicación de las medidas correspondientes.

Que el artículo 26 del Decreto Ejecutivo No. 123 de 2009 establece contenidos mínimos que debe contener un estudio de impacto ambiental los cuales son verificados en la fase de admisión a fin de garantizar una adecuada y fundada predicción, identificación de los impactos ambientales que pueda generar el proyecto, obra o actividad, así como la idoneidad técnica de las medidas propuestas para evitar, reducir, corregir, compensar y controlar los impactos negativos significativos.

En base al EsIA presentado y el análisis del alcance de intervención del proyecto y los aspectos ambientales, se evalúa un EsIA categoría II, basado en que las actividades propuestas para el desarrollo de la obra inciden sobre los siguientes factores de los criterios de protección ambiental del artículo 23 del Decreto Ejecutivo 123 del 14 de agosto de 2009:

...

Se contempla en la evaluación del EsIA un alcance de proyecto de ensanche de 7 km de alineamiento de vía existente, así como también la construcción de las infraestructuras complementarias que integran las obras viales (cunetas, cajones pluviales, puentes, intercambiadores vehiculares, entre otros). A desarrollarse en una huella de proyecto compuesta por un 58 % en área altamente intervenida (área de Corozal, Ciudad de Saber, Plantaciones forestales, proyectos viales, zonas pobladas, áreas de infraestructuras, vegetación herbácea, superficies de espejos

de agua) y 42 % en zonas de mayor cobertura vegetal boscosa que guardan ecosistemas más conservados (áreas del Parque Nacional Camino de Cruces y secciones del tramo Red Tank).

Las secciones con incidencia del proyecto son áreas que han sido afectadas anteriormente, por actividades de infraestructura como lo son: para el área de la vía Omar Torrijos (construcción de la vía Omar Torrijos y Construcción de la Línea de Transmisión Eléctrica), para el tramo de vía Centenario (construcción de la Vía Centenario), por lo que, la interconectividad biológica del ecosistema se encuentra intervenida para estas superficies. No obstante el promotor debe implementar de manera eficiente cada medida de mitigación propuesta, el Plan de Rescate de Flora y fauna y el respectivo Plan de Reforestación como mecanismo de compensación, donde debe reforestar a razón de cada árbol talado debe plantar 10.

Respecto a la sección situada en el área conocida como Red Tank, es de relevancia señalar que dichos predios fueron utilizados por los Estados Unidos para sus operaciones, por lo cual alberga infraestructura como: edificaciones (casetas, garitas, vías asfaltadas) y la antigua vía interna de Red Tank, (infraestructuras que luego de la respectiva prospección arqueológica se determina de poco valor antropológico), lo que hace de la misma un área intervenida, donde el bosque circundante ha venido recuperándose por el cese de actividades en la zona.

Una vez expuesto el marco legal definido por el Decreto Ejecutivo 123 de 2009 (marco regulatorio del proceso de evaluación de los EsIA) sobre el umbral de alcance para clasificar los EsIA, tomando como referencia la naturaleza de los impactos ambientales generados por cada actividad que compone el desarrollo de la actividad, obra o proyecto analizada, se procedió a realizar la evaluación integral e interinstitucional del EsIA, presentado a Ministerio de Ambiente. Donde en seguimiento al proceso de evaluación se remitió dicho documento a las UAS y Municipales (en este caso Municipio de Panamá), que según su competencia, guardan relación al proyecto en análisis (foja 42 a 51 del expediente administrativo correspondiente).

En función a los impactos identificados el EsIA propone programas, medidas y mecanismos de eliminación, mitigación y compensación de los impactos ambientales negativos significativos, ya que la magnitud de los impactos generados por cada actividad que integra el desarrollo del proyecto en análisis, son de carácter negativo significativo que afecten parcialmente el ambiente; los cuales pueden ser eliminados o mitigados con medidas conocidas y fácilmente aplicables, conforme a la normativa ambiental vigente. **Por lo antes expuesto se justifica la evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental, Categoría II.**

En cuanto... la demanda señala *"la resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018... infringe el anexo I de la ley No. 21 de 01 de julio de 1997..."* resaltamos que la Autoridad del Canal de Panamá, como autoridad rectora de la zona de operación del canal, otorgo compatibilidad al alcance del proyecto desde el año 2012 (Resoluciones ACP-JD-RM-12-543, del 26 de junio de 2012 y ACP-JD-RM-12-544, del 26 de junio de 2012) y modificada en 2016 (Resoluciones ACP-JD-RM 16-822 y ACP-JD-RM 16-823, ambas de 23 de junio de 2016), previo al proceso de evaluación de Estudio de Impacto Ambiental.

Que la sección 4.3 de la demanda... aclaramos que el del art.7 del texto único de la Ley 41 del 01 de julio de 1998 establece *"las actividades, obras y proyectos, públicos o privados, que por su naturaleza, características o ubicación o recursos pueda generar riesgo ambiental requerirán de un estudio de impacto ambiental"*

previo al inicio de ejecución" refiriéndose que no se podrá dar inicio a proyecto (**en campo**) previo a la aprobación del estudio de impacto ambiental, por lo cual los elementos contractuales de promotor u otros permisos que amerite el proyecto para su ejecución, no son regulados por proceso de evaluación de impacto ambiental del Ministerio de Ambiente según la ley arriba citada.

B. ALCANCE DE LOS ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL.

Los instrumentos de gestión ambiental son regulados por el Texto Único Ley 41 de 1 de julio de 1998, Capítulo II, identificando a los Estudios de Impacto Ambiental (definición de texto único) herramienta para nuevas actividades obras o proyectos que se identifican en el artículo 16 del Decreto Ejecutivo No. 123 del 14 de agosto de 2009 y aquellas que incidan sobre los factores de criterios de protección ambiental (Artículo 23 y 24). Adicionalmente como se explicó en la sección A del presente informe, las asignaciones de las categorías son reguladas por el Decreto Ejecutivo No. 123 del 14 de agosto de 2009, **siendo el Ministerio de Ambiente el ente rector que ratifica la categoría de los Estudios de Impacto Ambiental en su proceso de evaluación**, contemplando el alcance de intervención de las nuevas actividades, obras y proyectos, los impactos a generar y la mitigación y compensación de los impactos.

...
En relación a los hechos... de la demanda, "*...Un estudio de impacto ambiental Categoría II, en lugar del estudio de impacto ambiental categoría III*", aclaramos que los incumplimientos contractuales entre contratista y Promotor (MOP), no son vinculantes al proceso de evaluación de impacto ambiental regulado por las normas antes descritas, por ejemplo, si el pliego de cargos hubiera establecido confección y presentación a MiAmbiente de Estudio de Impacto Ambiental Categoría I, hubiera sido improcedente por los lineamientos técnicos y legales de la norma que regula el proceso de evaluación del Ministerio de Ambiente.

Que el hecho... de la demanda, "*...La Resolución omite también exigirle también el permiso de movimiento de tierra y permiso de construcción que debe ser expedido por el Municipio de Panamá...*" como se explica en la sección de antecedentes...el proceso de evaluación de impacto ambiental cumplió con el decreto ejecutivo 123 del 14 de agosto de 2009, el cual hace partícipe a la Unidades Ambientales sectoriales y municipales, a fin de emitir observaciones con base en las normas de competencia, sin evidenciarse observaciones por parte del Municipio de Panamá en las tres instancias (1. Recepción del EsIA al inicio de la evaluación, 2. Publicación por Ministerio de Obras Públicas en Municipio 3. Inspección de campo durante la evaluación en conjunto con unidades ambientales sectoriales y municipales) durante el proceso de evaluación, adicionalmente el artículo 3 de la Resolución No. DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018 establece "Advertir a Promotor del Proyecto, que esta Resolución no constituye una excepción para el cumplimiento de las normativas legales y reglamentarias aplicables a la actividad", entendiéndose que la aprobación de los estudios de impacto ambiental no exime a promotor de los permisos definidos por norma por el resto de las instituciones públicas.

C. VIABILIDAD OTORGADA POR LA DIRECCIÓN DE ÁREAS PROTEGIDAS Y VIDA SILVESTRE.

...
En referencia al a la sección 4.5... de la demanda, establece "...el acto administrativo demandado infringe el artículo 4 de la ley No.30..." por lo cual señalamos que la Ley 30 del 30 de diciembre de 1992 que crea el Parque Nacional

Camino de Cruces, señala... La solicitud de viabilidad ambiental para el Proyecto..., fue aprobada por este Ministerio, tomando como consideraciones que, al momento de la creación del Parque Nacional Camino de Cruces, no existía la vía Centenario; actualmente la vía Omar Torrijos se conecta con la vía centenario y ésta a la Autopista Arraján – Chorrera. De esto se deriva entonces, que la ampliación de la vía Omar Torrijos si tiene conexión con la Autopista Arraján – Chorrera, a través de la Vía Centenario; aunado a que el tránsito vehicular notablemente ha aumentado por el desarrollo comercial y habitacional en el corregimiento de Ancón y en el sector de Gamboa.

Dicha viabilidad fue aprobada estableciendo a que el promotor debía cumplir las máximas medidas de protección, control y mitigación que garantizara el estado de conservación de recursos naturales aledaños a la obra con mayor énfasis al Parque Nacional Camino de Cruces.

Por otro lado, la servidumbre de la Avenida Omar Torrijos-Vía Red Tank Intersección de la Ave. Omar Torrijos y la Carretera de acceso Este al Puente Centenario, presenta una servidumbre vial de 50.00 metros establecida por el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial; tomando como referencia el Plano de la Autoridad de la Región Interoceánica, dirección de Planificación, Servidumbres y jerarquías viales, Sub Región Pacífico Este, corregimiento de Ancón.

La servidumbre antes indicada, incide dentro de los límites del área protegida en el sector conocido como Cerro El Vigía en el Lago Camarón (Sendero Guardaparque).

...

De lo anterior se evidencia entonces que de la superficie total, solo 4.43 hectáreas con capacidad de intervención de las cuales se deben considerar los 50 metros de servidumbre de la vía, aprobados por el Ministerio de Vivienda, (sustentados anteriormente), se constituyen como área de afectación directa del proyecto..., aquella área donde se desarrolla e interviene la obra, respetando las normativas ambientales y aplicando las medidas de mitigación, sin medir ningún otro factor, donde se realizara la tala, remoción de infraestructuras del parque y movimiento de tierra.

Al contrario la Afectación Ampliada contempla servidumbre y límites de parque identificándose 9.26 ha sin capacidad de intervención, entendiéndose que en esta como en la directa, se otorga uso condicionado sustentado en el artículo 4 de la Resolución No. DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, que aprueba el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente y contiene las obligaciones de las medidas de mitigación, control, compensación y otras obligaciones.

...

E. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Como parte de los componentes que integran el EsIA y en cumplimiento al artículo 26 del Decreto Ejecutivo No. 123 de 2009, se presenta un Plan de Participación Ciudadana, aplicando doscientos treinta y uno (231) encuestas divididas, 100 en Clayton, 50, en Paraíso, 46 en Pedro Miguel y 35 en Los Ríos, incluyendo la distribución de 300 volantes informativas y, además, entrevistas a algunos sectores con el interés de considerar algunos aspectos que puedan preocupar a la ciudadanía, cuyos resultados señalan que en un 92% manifestó estar de acuerdo con el desarrollo del proyecto, mientras que un 6% indicó no estar de acuerdo y el restante 2% señaló no sabe (sic) (página 198 a 224 del EsIA).

...

En cumplimiento al artículo 6, Decreto Ejecutivo No. 155 de agosto de 2011, el promotor realiza las debidas publicaciones en el diario La Estrella los días 21 de abril de 2018 y 26 de abril de 2018 y realiza los respectivos fijados en el Municipio de Panamá los días 20 de abril de 2018 y 26 de abril de 2018, entregando así en tiempo oportuno las pruebas pertinentes del desarrollo de las publicaciones.

...

El artículo 37 del D.E. 123 establece que '*... el foro se realizará sobre la base de una exposición detallada de la acción propuesta y del Estudio de Impacto Ambiental correspondiente...*', siendo el mismo alcance de la información brindada por Ministerio de Ambiente a la comunidad interesada durante el proceso de evaluación del EslA.

Por lo antes expuesto, se culmina el proceso de evaluación sin registro de oposiciones al Estudio de Impacto Ambiental evaluado.

En relación... de la demanda, recalcamos lo desarrollado en esta sección, donde el proceso de participación ciudadana se realizó dentro del marco legal que regula el proceso, contemplando desde los sectores de Los Ríos, Clayton, Pedro Miguel y Paraíso, adicionalmente no se recibieron solicitudes de foro público por parte de la comunidad.

..." (Cfr. fojas 183-196 del expediente judicial).

Partiendo de la premisa anterior, nos corresponde **analizar el cumplimiento o no de los requisitos establecidos en el procedimiento de evaluación y aprobación del Estudio de Impacto Ambiental**, ello, a fin de determinar si se configura algún **vicio de nulidad respecto a la emisión del acto administrativo impugnado**.

Para dar inicio a nuestro análisis debemos resaltar que el artículo 1 del Texto Único de la Ley 41 de 1998, consagra que "***La administración del ambiente es una obligación del Estado; por tanto, la presente Ley establece los principios y normas básicas para la protección, conservación y recuperación del ambiente, promoviendo el uso sostenible de los recursos naturales. Además ordena la gestión ambiental y la integra a los objetivos sociales y económicos a efecto de lograr el desarrollo humano sostenible en el país.***"

Tal como lo expresa el artículo 1 de la Ley 8 de 25 de marzo de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente, ésta es la entidad rectora del Estado en materia de protección, conservación, preservación y restauración del ambiente y el uso sostenible de los recursos naturales; y, según el artículo 2 (numeral 10) de esa ley, tiene, entre otras atribuciones, la de **evaluar los estudios de impacto ambiental y emitir las resoluciones respectivas**, lo que la constituye en el organismo competente para estimar, apreciar o señalar el valor de cualquier estudio de impacto ambiental que sea requerido

por la legislación que rige esta materia (Cfr. páginas 67 y 68 de la Gaceta Oficial 27,749-B de 27 de marzo de 2015).

De conformidad con el artículo 7 del Texto Único de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá, las actividades, las obras o los proyectos, públicos o privados, que por su naturaleza pueden generar riesgo ambiental, requerirán de un estudio de impacto ambiental, previo al inicio de su ejecución; y según el artículo 9 del mismo cuerpo normativo, el proceso de evaluación de ese EslA, comprende cuatro (4) etapas, **la primera** de las cuales consiste en su presentación ante el Ministerio de Ambiente; **la segunda**, la revisión del estudio de impacto ambiental; **la tercera**, la aprobación o rechazo por parte de dicha entidad; y, **la cuarta**, el seguimiento, control, fiscalización y evaluación de la ejecución del Plan de Manejo Ambiental y del estudio de impacto ambiental aprobado y del contenido de la resolución de aprobación (Cfr. páginas 11 y 12 de la Gaceta Oficial 28,131-A de 4 de octubre de 2016).

En ese orden de ideas, resulta imperativo destacar que con la finalidad de reglamentar el proceso de evaluación del impacto ambiental, se creó el **Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009**, en cuyo **artículo 8 (literal i.)**, se atribuye a la **Dirección de Evaluación y Ordenamiento Territorial (DIEORA)** del Ministerio de Ambiente la función y responsabilidad de: ***“Revisar y evaluar los Estudios de Impacto Ambiental, preparar el Informe de Evaluación correspondiente, incluyendo en el mismo la recomendación técnica resultante de la evaluación, ya sea solicitando la aprobación o el rechazo y remitirlo junto con un proyecto de resolución ambiental para la consideración del Ministro de Ambiente”*** (Cfr. página 14 de la Gaceta Oficial 26,352-A de 24 de agosto de 2009).

En ejercicio de tal función, esta Procuraduría observa que el Director de Evaluación y Ordenamiento Ambiental, del Ministerio de Ambiente emitió la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, por medio de la cual aprobó el estudio de impacto ambiental **Categoría II**, del proyecto denominado ***“Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario)”*** con todas las medidas de mitigación de forzoso cumplimiento, contempladas en el mismo; resolución que constituye el acto acusado de ilegal.

Cabe señalar, que según consta en el citado acto administrativo del proyecto en mención, el mismo tiene como objetivo el mejoramiento (rehabilitación y ensanche) de la Avenida Omar Torrijos

desde la comunidad de El Corozal y la construcción de una vía que interconectará la vía anteriormente citada y la Vía Centenario cuyo alineamiento atraviesa la zona conocida como Red Tank. Dicha infraestructura vial cuenta con un alineamiento de 7 kilómetros desarrollado sobre una superficie de ciento diez (110) hectáreas más siete mil doscientos ocho metros cuadrados con dieciocho decímetros cuadrados (7,208.18 m²), dividido de la siguiente manera:

- Huella – Avenida Omar Torrijos con una superficie aproximada de ochenta y tres (83) hectáreas más mil cuatrocientos cincuenta y tres metros cuadrados con cincuenta y cinco decímetros cuadrados (1,453.55 m²);
- Huella – Vía Centenario con una superficie de veintisiete (27) hectáreas más cinco mil setecientos cincuenta y cuatro metros cuadrados con sesenta y tres decímetros cuadrados (5,754.63 m²);
- Trece punto sesenta y nueve (13.69) hectáreas dentro de áreas protegidas (PNCC); y.
- Las instalaciones provisiones, campamento No.1 con una superficie de una (1) hectárea más siete mil seiscientos cuarenta y cinco metros cuadrados con treinta y siete decímetros cuadrados (7,645.37 m²), y un campamento No.2 de nueve mil novecientos setenta y seis metros cuadrados con veintitrés decímetros cuadrados (9,976.23 m²) (Cfr. foja 55 del expediente judicial).

Bajo la premisa anterior, el examen de la legalidad del acto impugnado lo realizaremos a partir de dos (2) escenarios jurídicos, el primero relacionado al Pliego de Cargos y el Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017; y, el segundo, al procedimiento de aprobación de la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, ya que guardan estricta relación entre sí.

A. Valoraciones jurídicas en torno al Pliego de Cargos, al Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017 y la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018.

Realizada las consideraciones anteriores, este Despacho estima importante resaltar que el Estudio de Impacto Ambiental bajo análisis, tiene su origen en la iniciativa del Ministerio de Obras Públicas, quien el día 9 de junio de 2017, realizó la Licitación por Mejor Valor número 2017-0-09-0-08-LV-004889, para el proyecto denominado "Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche

Carretera Omar Torrijos (Corozal - Red Tank - Vía Centenario)", con un precio oficial asignado de ochenta y siete millones cuatrocientos veintiún mil novecientos sesenta y dos balboas con ocho centésimos (B/.87,421,962.08), tal como se desprende del sitio web de PanamaCompra, a saber, www.panamacompra.gob.pa.

Es así, que conforme a lo establecido en el Pliego de Cargos la adjudicación le fue otorgada al proponente que cumplió con todos los requisitos y obtuvo el mayor puntaje de acuerdo a la metodología de ponderación descrita en los Criterios de Evaluación, a saber, el Consorcio Astaldi-MCM, mediante la **Resolución Ministerial DIAC-AL-103-17 de 29 de septiembre de 2017** (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa).

Ahora bien, finalizada la fase de Licitación Pública, el Ministerio de Obras Públicas suscribió con el Consorcio Astaldi-MCM el **Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017, refrendado por la Contraloría General de la República el 15 de enero de 2018**, en el cual se establecen las cláusulas a las que se comprometen las partes.

En ese orden de ideas, la cláusula segunda del Contrato de Obra AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017, señala que el contratista deberá realizar el estudio de impacto ambiental bajo la Categoría III, tal como se cita a continuación:

"SEGUNDA: Alcance del Contrato.

...
EL CONTRATISTA, será responsable de la calidad de las obras que construya, para la cual **deberá implementar todas las medidas de Control de Calidad necesarias para este objetivo.**

EL CONTRATISTA, deberá realizar el **estudio de impacto ambiental (EsIA) del proyecto Categoría III**, que deberá incluir la evaluación de las características del medio ambiente, así como la determinación de los impactos y medidas de mitigación a ejecutar (Anexo 1, Términos de Referencias Ambientales del Pliego de Cargos), las cuales deberá implementar como obligaciones contractuales en el desarrollo del proyecto.

EL (sic) alcance del Proyecto comprende en general, pero sin limitarse a, todos los servicios de ingeniería y consultoría necesarios para el diseño final de las obras del proyecto, incluidos los estudios e informes que justifiquen la solución final; todos los trabajos de construcción de las obras definidas en el diseño final elaborado por el Contratista y aprobado por la entidad Contratante; todos los suministros, materiales, maquinaria y demás medios necesarios para ejecutar las obras y mantenerlas durante el

período de construcción; y todos los trabajos de mantenimiento de las obras construidas en este contrato durante el periodo que determine la Entidad Contratante en este Pliego de Cargos, y en particular los siguientes alcances, sin limitarse a:

...
iii Elaborar y proporcionar el Estudio de Impacto ambiental conforme a las directrices del Ministerio de Ambiente y de la Entidad Contratante, el Plan de Manejo y Mitigación Ambiental, y aplicar las medidas contempladas en el mismo, que deben tomar en cuenta lo indicado en la Resolución de Aprobación del EsIA.

Es responsabilidad del Contratista elaborar todos los trabajos necesarios para la tramitación del EsIA en el Ministerio de Ambiente, así como cualesquiera modificaciones posteriores al EsIA que pudiera requerirse como consecuencia de cambios en los diseños originales sobre los que esté elaborado el EsIA.

...
A su vez **EL CONTRATISTA** deberá el cumplir (sic) con los aspectos ambientales que se requieran para este tipo de proyecto (**Estudios de Impacto Ambiental (EsIA) Categoría III**) (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa.) (El resaltado es nuestro)

Cumplidas las etapas contractuales y de conformidad con el artículo 23 del Texto Único de la Ley 41 de 1998, el cual dispone que "*Las actividades, obras o proyectos, públicos o privados, que por su naturaleza, características, efectos, ubicación o recursos pueden generar riesgo ambiental, requerirán de un estudio de impacto ambiental previo al inicio de su ejecución, de acuerdo con la reglamentación de la presente Ley*", a pesar que el contrato exigía la presentación de un Estudio de Impacto Ambiental Categoría III, el promotor del proyecto presentó el correspondiente EsIA, pero lo hizo bajo la Categoría II; es decir, contrario a lo pactado en el Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017 (Cfr. foja 55 del expediente judicial y sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa.).

Es importante señalar, que si bien es cierto, la Cláusula Segunda del contrato, mencionada en líneas anteriores, indica lo siguiente, cito: "El alcance del Proyecto comprende en general, pero **sin limitarse**", no es menos cierto, que en esa misma cláusula, se advierte que "**EL CONTRATISTA obligatoriamente deberá ajustarse a todo lo establecido en los Términos de Referencia del Pliego de Cargos, que es parte integral del contrato**".

Dicho lo anterior, este Despacho observa en el numeral 28 del Pliego de Cargos, denominado "MODIFICACIÓN DEL CONTRATO", lo que a continuación se transcribe:

"28. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. El Contrato sólo podrá ser modificado o cambiado por medio de un documento escrito debidamente firmado por el Contratista y la Entidad Contratante, y de acuerdo a las disposiciones establecidas en el Contrato y en la Ley 22 de 2006 (Texto Único). EL ESTADO (por intermedio del Ministerio de Obras Públicas), se reserva el derecho de ordenar, en cualquier momento y mediante notificación escrita al Contratista, cambios, ajustes, ampliaciones o reducciones a cualquier parte de los Trabajos o de la Obra (en adelante "Modificaciones Unilaterales"), cuando así convenga al interés público, sin que se produzcan alteraciones en los precios unitarios establecidos en la propuesta de EL CONTRATISTA. En estos casos, se requerirá notificar estos cambios y alteraciones mediante una orden escrita de EL ESTADO a EL CONTRATISTA." (El resaltado es nuestro) (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa).

Con la finalidad de verificar, si en efecto se cumplió con alguna de las modalidades que advierte la norma reproducida, para llevar a cabo la modificación del Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017, este Despacho realizó una búsqueda prolija en el sitio web www.panamacompra.gob.pa, así como en el expediente judicial que reposa en la Sala Tercera; sin embargo, no advertimos, la emisión de ninguna adenda o documento suscrito entre el Contratista y la Entidad Contratante, que implicara un cambio de la categoría de la herramienta ambiental, en estricto apego a las cláusulas pactadas en el contrato y el pliego de cargos, en concordancia con las disposiciones establecidas en el Texto Único de la Ley 22 de 2006.

No obstante, esta Procuraduría examinó una comunicación entre el Ministerio de Obras Públicas y el contratista, que guarda relación con el estudio de impacto ambiental. En ese sentido la Nota DM-1901-18 de 11 de septiembre de 2018, en su parte pertinente señala lo que a seguidas se copia:

"A- ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL.

Indica vuestra empresa como uno de los **inconvenientes que han dilatado el inicio de ejecución de la obra, la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental Categoría II.**

...

El recibo oficial por parte del Ministerio de Ambiente de dicho estudio – **posterior a la aprobación previa de la Sección Ambiental del Ministerio de Obras Públicas-** se realizó a través del Proveído N° DIEORA-063-0304-18 del 3 de abril de 2018.

...

En tal sentido, queda evidenciado según lo manifestado por vuestra empresa, **que la misma incumplió con los plazos de entrega establecidos en el Pliego de Cargos y además, el Estudio de Impacto Ambiental fue rechazado por presentar deficiencias, lo que implica que las demoras son imputables al contratista** (El resaltado es nuestro) (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa.).

De acuerdo con lo que se infiere de la nota reproducida en el párrafo anterior, el Ministerio de Obras Públicas reconoce la aprobación previa del Estudio de Impacto Ambiental presentado ante el Ministerio de Ambiente; sin embargo, a juicio de este Despacho, dicho consentimiento tácito, no cumple con los presupuestos jurídicos que establece la modalidad de **“Modificación Unilateral”**, debido a que debe estar **condicionada a la conveniencia del interés público, lo que claramente no ocurrió en este caso, sino que obedeció a las demoras e incumplimientos de la empresa contratista.**

Igualmente resulta relevante mencionar, que a través de la Nota DM-AL-1838-19 de 3 de mayo de 2019, el propio Ministerio de Obras Públicas, advierte con enérgica severidad, dicha situación:

“La primera propuesta de presentación de diseños del CONTRATISTA fue INCUMPLIDA EN SU TOTALIDAD, tal como se observa en la Tabla 2, lo cual fue comunicado mediante Nota OPE-18-07-1257 (ver Foja 130) con fecha de acuse primero de agosto de 2018.

...

Ha quedado evidenciado ante la ENTIDAD CONTRATANTE la poca competencia del CONTRATISTA para la elaboración de Estudios y Diseños en un proyecto de esta envergadura.” (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa.).

Dentro del contexto anteriormente expresado, y después de revisar el Contrato AL-1-73-17, suscrito de 21 de noviembre de 2017, entre el Ministerio de Obras Públicas y el consorcio Astaldi-MCM, y su respectivo pliego de cargos a los propósitos de establecer cuáles fueron las condiciones que se pactó en el contrato, y que de acuerdo con el **principio de integración contractual**, mismo que se encuentra plasmado en el Contrato en cuestión, se plantea que para los efectos de interpretación y validez se establece el orden de jerarquía de los documentos así:

“TERCERA: PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN DEL CONTRATO.

EL CONTRATISTA acepta que las Condiciones Especiales, Especificaciones Técnicas y Suplementarias, Planos, Anexos, Manuales, y demás documentos preparados por la Dirección de Administración de Contratos de EL ESTADO, para la ejecución de la obra arriba indicada, así como su propuesta, son

anexos de este contrato, y por lo tanto, forman parte integrante del mismo, obligando tanto a EL CONTRATISTA como a EL ESTADO, a observarlos fielmente.

Para efectos de interpretación y validez, se establece el orden de jerarquía de los documentos así:

- 1) El Contrato
- 2) El Pliego de Cargos y sus anexos
- 3) Las especificaciones técnicas
- 4) La Propuesta" (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa.)

Cabe señalar, que la doctrina ha sostenido en cuanto al **principio de integración del contrato**, este tiene como finalidad, que en caso en que partes deban resolver asuntos que se promuevan durante la ejecución del contrato, debe imperar el contenido del pliego de cargo o lo pactado contractualmente, y en ese sentido indica Roberto Dromi, lo siguiente:

"El pliego, como instrumento jurídico integrante del contrato, es fundamental a la hora de ejecución del mismo. De allí que se haya sostenido que la trascendencia jurídica que tiene el pliego de condiciones como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios de selección, ha dado fundamento para que la doctrina, en feliz expresión, lo haya denominado la ley del contrato, por ser la principal de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato." (Dromi, Roberto. Licitación Pública. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, segunda edición actualizada. 1995. Pág. 490).

En este escenario, podemos advertir de lo anteriormente expuesto que, cuando el contratista acepta el contenido del pliego de cargo y del contrato, lo hace sin condiciones, ni objeciones al mismo.

En ese mismo contexto, debemos descartar que el artículo 22 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, en cuanto a la interpretación de las reglas contractuales, establece en lo medular, que las aclaraciones de las normas sobre contratos públicos y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en prioritaria consideración los intereses públicos; de ahí que, el Ministerio de Ambiente, entidad que tiene dentro de sus funciones y responsabilidad la de revisar, evaluar y aprobar el estudio de impacto ambiental, igualmente es

competente para rechazarlo, si estima que éste no cumple con lo exigido en el pliego de cargos y el contrato.

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, esta Procuraduría de la Administración es de la opinión que el acto impugnado, a saber, la Resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, ha vulnerado lo dispuesto en el Pliego de Cargos; el Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017; así como las normas del Texto Único de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, que regula las Contrataciones Públicas.

B. Opinión legal en cuanto a los demás cargos de infracción invocados por el actor, que guardan relación con la participación ciudadana previo a la emisión del estudio de impacto ambiental.

Antes de proceder con el análisis de los argumentos expuestos por el actor con respecto a la infracción del artículo 24 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, debido a que, según manifiesta el demandante, aun cuando se cumplió con las publicaciones del aviso del proyecto en un medio de circulación nacional y en las tabllas del Municipio de Panamá, y que los residentes de Los Ríos y Corozal dieron su opinión sobre la construcción del proyecto; lo cierto es que dicha construcción impacta directa e indirectamente a los moradores de Cárdenas, Clayton, Los Ríos, Corozal, Ciudad del Saber, así como a otras poblaciones urbanas del distrito de Panamá, y añade, que la categoría II, no exige el cumplimiento de otros mecanismos de consulta pública, como el foro o la audiencia pública.

En este punto, es preciso mencionar, la cláusula segunda del Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017, que establece en cuanto al plan de divulgación y transparencia en materia ambiental lo siguiente. Veamos.

"SEGUNDA: Alcance del Contrato.

...
EL CONTRATISTA, contará con una suma provisional establecida en el Pliego de Cargos (**63.4. PLAN DE DIVULGACIÓN Y TRANSPARENCIA**) que será utilizada exclusivamente por el Contratista para cubrir los Costos Directos más la Tasa de Administración de las actividades de la Campaña de Divulgación y Transparencia, conforme sea autorizada por la entidad y por la autoridad correspondiente. Esta Campaña de Divulgación y Transparencia es independiente **de la obligación del Contratista, de incluir en los Costos del Proyecto, todo lo referente a la comunicación con las personas del área de impacto directo en los Sitios de Trabajo, volanteos, campañas sociales, exigencias de contacto con la comunidad**

e informativas del estudio de impacto ambiental y del plan de manejo de tráfico y cualquiera otra comunicación que deba dar el Contratista por razón del Proyecto, actividades que bajo ninguna circunstancia podrá cargar a la Provisión de la Campaña de Divulgación y Transparencia.

...” (El resaltado es nuestro) (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa).

Visto lo anterior, esta Procuraduría estima que de acuerdo con las constancias que reposan en el expediente, el trámite seguido para la emisión de la Resolución DIEORA-IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, **no observó de manera estricta el procedimiento de participación ciudadana** requerido por las normas que rigen la materia para efectuar el proyecto para el Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario). Ello se infiere del contenido del informe de conducta presentado a la Sala Tercera, en el cual se indica lo siguiente, cito “...se presenta un Plan de Participación Ciudadana, aplicando doscientos treinta y uno (231) encuestas divididas, 100 en Clayton, 50, en Paraíso, 46 en Pedro Miguel y 35 en Los Ríos, incluyendo la distribución de 300 volantes informativas y, además, entrevistas a algunos sectores con el interés de considerar algunos aspectos que puedan preocupar a la ciudadanía, cuyos resultados señalan que en un 92% manifestó estar de acuerdo con el desarrollo del proyecto, mientras que un 6% indicó no estar de acuerdo y el restante 2% señaló no sabe (sic)”, **además señalan que,** “En cumplimiento al artículo 6, del Decreto Ejecutivo No. 155 de agosto de 2011, el promotor realiza las debidas publicaciones en el diario La Estrella los días 21 de abril de 2018 y 26 de abril de 2018 y realiza los respectivos fijados en el Municipio de Panamá los días 20 de abril de 2018 y 26 de abril de 2018, entregando así en tiempo oportuno las pruebas pertinentes del desarrollo de las publicaciones.” y concluye indicando lo siguiente, “...recalcamos lo desarrollado en esta sección, donde el proceso de participación ciudadana se realizó dentro del marco legal que regula el proceso, contemplando desde los sectores de Los Ríos, Clayton, Pedro Miguel y Paraíso, adicionalmente no se recibieron solicitudes de foro público por parte de la comunidad.” (Cfr. fojas 194-195 del expediente judicial).

De lo antes expuesto resulta claro que, **si bien a través de las encuestas y volanteos se comunicó a los propietarios y residentes de los sectores** de Clayton, Paraíso, Pedro Miguel y Los Ríos, la realización del mencionado proyecto; lo cierto es que, **no se realizó la participación ciudadana bajo la modalidad de foro público,** tal como lo establecen de manera específica los

artículos 31 y 37 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, mediante el cual se reglamentó el Capítulo II del Título IV de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, aplicado en concordancia con los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2006, cuyos textos se reproducen a continuación;

Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009

“**Artículo 31.** Una vez presentado ante la ANAM el Estudio de Impacto Ambiental correspondiente al proyecto, obra o actividad de que se trate, de acuerdo con el procedimiento previsto en este Reglamento y los establecidos en los reglamentos, manuales o guías, ésta podrá **solicitar información a la sociedad civil organizada, así como a entes de carácter científico, académico, personas individuales, entre otros**, para efectos de obtener antecedentes en relación con la acción propuesta y sus posibles impactos ambientales incluidos en el estudio de impacto ambiental u otros. Para estos fines, la ANAM elaborará un listado de instituciones y organizaciones de consulta que faciliten su labor.”

“**Artículo 37.** El Promotor del proyecto, obra o actividad tendrá la **obligación** de realizar un foro público a su costo, durante la etapa de evaluación de los **Estudios de Impacto Ambiental Categoría III**, en una fecha coordinada con la ANAM, quien a su vez fungirá de moderador. Esta misma Autoridad podrá **disponer la realización del Foro Público respecto a los Estudios Categoría II cuando el proyecto, obra o actividad así lo amerite, o cuando la comunidad o comunidades localizadas dentro del área de influencia del proyecto o la sociedad civil organizada así lo soliciten.**” (El resaltado es de esta Procuraduría) (Cfr. páginas 29 y 31 de la Gaceta Oficial 26,352 de 24 de agosto de 2009).

Ley 6 de 22 de enero de 2006

“**Artículo 24.** Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley. Estos actos son, entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios.”

“**Artículo 25.** Sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, se establece como modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública, las siguientes:

1. *Consulta pública.* Consiste en el acto mediante el cual la entidad estatal pone a disposición del público en general información base sobre un tema específico y solicita opiniones, propuestas o sugerencias de los ciudadanos y/o de organizaciones sociales.

2. *Audiencia pública.* Similar a la consulta pública, excepto que el acto de recibir sugerencias, opiniones o propuestas se realiza en forma personal ante la autoridad que corresponda, de acuerdo con el tema que se trate.

3. *Foros o talleres.* Reunión selectiva o pública de actores relevantes o afectados junto con la autoridad competente, que permita el conocimiento profundo sobre un tema o sirva de mecanismo de obtención de consenso o resolución de conflictos.

4. *Participación directa en instancias institucionales.* Actuación de ciudadanos o representantes de organizaciones sociales en las instituciones públicas de consulta o toma de decisiones específicas.

Parágrafo. Las instituciones de la administración pública están obligadas a publicar, antes de la celebración de cualesquiera de los actos administrativos sujetos a participación ciudadana, la modalidad de participación ciudadana que adoptará en cumplimiento del presente artículo. (El destacado es nuestro) (Cfr. páginas 10 y 11 de la Gaceta Oficial 26,352 de 24 de agosto de 2009).

Tal como se desprende de las primeras de las normas transcritas, la autoridad ambiental está obligada a permitir la participación ciudadana si los actos que emitan guarden relación con un proyecto y sus posibles impactos ambientales incluidos en el estudio de impacto ambiental, y que afecten a los individuos, lo que se hará con sujeción a alguna de las formas que para esa finalidad contempla el artículo 37 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009.

A su vez, los citados artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, por medio de la cual se dictan normas para la transparencia en la gestión pública, señalan claramente que las instituciones del Estado, en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la Administración Pública que puedan afectar sus intereses y derechos, entre ellos, los relativos a la **construcción de infraestructuras**, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios. También indican las modalidades para su convocatoria, que son: 1) Consulta Pública; 2) Audiencia Pública; **3) Foros** o talleres; y, 4) Participación directa en instancias institucionales, y que antes de la celebración de los actos administrativos sujetos a participación ciudadana, estas instituciones están obligadas a publicar la modalidad que se adoptará para convocar a la consulta pública (Cfr. págs. 10 y 11 de la Gaceta Oficial 24,476 de 23 de enero de 2002).

Ante los cargos de infracción señalados por el demandante y una vez evaluadas las constancias que reposan en el expediente judicial, **es claro que la autoridad ambiental no realizó el Foro Público, el cual de haberse aprobado bajo la Categoría III, como exigía el Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017, habría sido obligatorio; no obstante, al aprobarse como Categoría II, su celebración estaba condicionada al supuesto contenido en la expresión: “cuando el proyecto, obra o actividad así lo amerite”**, tal como se indica en el artículo 37 del Decreto Ejecutivo 123 de 2009, antes citado, lo que claramente debió ser parte del procedimiento en

proyectos de esta dimensión, como hemos advertido en los párrafos anteriores; sin embargo, **no se efectuó, porque el Ministerio de Ambiente consideró que la magnitud de los impactos generados por cada actividad que integra el desarrollo del proyecto en análisis, son de carácter negativo significativo que afecten parcialmente el ambiente;** los cuales pueden ser eliminados o mitigados con medidas conocidas y fácilmente aplicables, conforme a la normativa ambiental vigente; de ahí que se justificaba la evaluación de un Estudio de Impacto Ambiental, Categoría II; máxime que el proceso de participación ciudadana se realizó en el marco de la norma que regula el proceso, contemplando los sectores de Los Ríos, Clayton, Pedro Miguel y Paraíso, y adicionalmente no se recibieron solicitudes para la realización del foro público por parte de la comunidad, tal como lo indica la entidad demandada en su informe de conducta remitido a la Sala Tercera (Cfr. fojas 189 y 195 del expediente judicial).

Al respecto, y con la finalidad de establecer el mérito para la realización de dicho Foro Público, debemos destacar las múltiples Acciones de Reclamos presentadas durante la Licitación Pública por los representantes de las asociaciones de residentes directamente afectadas, el 25 de abril de 2017, el 3 de mayo de 2017, el 4 de julio de 2017, el 5 de julio de 2017, el 31 de julio de 2017, el 7 de agosto de 2017 y el 13 septiembre de 2017, **las cuales advierten una clara insatisfacción por parte de la comunidad desde esa fase incipiente de la obra en torno a los detalles e información de la misma** (Cfr. sitio web de PanamaCompra, www.panamacompra.gob.pa.)

Aunado a lo antes dicho, durante la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental, Categoría II, también se desprenden diversas actuaciones por parte de la agrupaciones de ciudadanos, **lo que claramente es un indicador de la disposición de la sociedad de participar en la aprobación de dicho proyecto.**

Ante tal escenario, es importante tener presente que **el derecho de participación ciudadana en materia ambiental, se encuentra diseminado en la colectividad conforme al interés difuso, el cual no emana de títulos de propiedad, derechos o acciones concretas y se potencializa en proyectos de esta dimensión, por lo que este Despacho es de la convicción que el Estudio de Impacto Ambiental bajo análisis ameritaba la realización del Foro Público.**

En relación con lo antes expuesto, el artículo 10 de la Declaración de Río de 1992, refiriéndose al principio de participación en materia ambiental, señala lo siguiente: "***El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente del cual dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes***"

En tal sentido, debemos resaltar que los parámetros que debe adoptar la autoridad ambiental no deben dirigirse a la mucha o poca afectación del sitio, sino a emplear las mejores herramientas de protección ambiental para las áreas protegidas, hayan sido o no intervenidas previamente. Asimismo, la participación ciudadana adecuada, tampoco debe ser limitada al área directamente afectada, puesto que existen comunidades que podrán ser indirectamente impactadas, en virtud de la naturaleza que implica la ejecución de este tipo de proyectos.

Visto lo anterior, y con el propósito de ampliar nuestra opinión jurídica, estimamos pertinente señalar que la Participación Ciudadana, tal como la define el Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, es: "***La acción directa o indirecta de un ciudadano o de la sociedad civil en los procesos de toma de decisión estatal o municipal, en la formulación de políticas públicas, valoración de las acciones de los agentes económicos y en el análisis del entorno por parte del Estado y los municipios, a través de mecanismos diversos que incluyen, pero no se limitan a, la consulta pública, las audiencias públicas, los foros de discusión, la participación directa en instancias institucionales estatales o semiestatales, al acceso a información, la acción judicial, la denuncia ante autoridad competente, vigilancia ciudadana, sugerencias y la representación indirecta en instancias públicas.***"

Esa misma norma, establece que **Foro Público es:** *“La instancia de participación ciudadana que realiza el Promotor durante la fase de evaluación y análisis del Estudio de Impacto Ambiental, en fecha fijada por la autoridad ambiental, a la que pueden asistir todas las personas que quieran conocer o realizar observaciones sobre dicho estudio.”*

Lo anotado, nos permite colegir que, como quiera que los mecanismos de participación ciudadana son múltiples, la naturaleza del proyecto ameritaba la realización de un Foro Público que permitiera un escenario orgánico de participación, expresión libre y no controlado como sucede a través de las encuestas, máxime cuando el pasado 4 de marzo de 2018, se firmó 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, adoptado en Escazú (Costa Rica), del cual Panamá es miembro.

Para una mejor aproximación de los compromisos adoptados en dicha herramienta internacional nos permitimos citar un extracto del artículo 7 denominado **“Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales”**. Veamos.

“Artículo 7: Participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales.

1. Cada Parte deberá 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. Cada Parte **garantizará mecanismos de participación del público en los procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones relativos a proyectos y actividades, así como en otros procesos de autorizaciones ambientales que tengan o puedan tener un impacto significativo sobre el medio ambiente, incluyendo cuando puedan afectar la salud.**

3. Cada Parte **promoverá la participación del público en procesos de toma de decisiones, revisiones, reexaminaciones o actualizaciones distintos a los mencionados en el párrafo 2 del presente artículo, relativos a asuntos ambientales de interés público.**

4. Cada Parte **adoptará 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.** A tal efecto, cada Parte proporcionará al público, de manera clara, oportuna y comprensible, la

información necesaria para hacer efectivo su derecho a participar en el proceso de toma de decisiones." (El resaltado es nuestro).

En concordancia con lo antes expuesto, la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, ha señalado que los Estudios de Impacto Ambiental sirven para evaluar el posible daño o impacto que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión, pero además indica que: ***"El objetivo de los mismos no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad..."*** (Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.)

De conformidad con lo antes expuesto, consideramos que como quiera que el actuar del Estado está regido por los principios de publicidad y transparencia, el Estudio de Impacto Ambiental Categoría II, que ocupa nuestra atención, ameritaba la realización del Foro Público como herramienta informativa, que permite la participación no sólo de las áreas directamente afectadas, sino de todas las personas interesadas en obtener información de dicha obra.

Así, nos permitimos citar un extracto de la Sentencia de 19 de septiembre de 2006, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Claude Reyes y otros vs Chile. Veamos.

"86. En este sentido, el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso.

87. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad.

114. El artículo 8.1 de la Convención señala que:

Toda persona tiene **derecho a ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.**

118. El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos.

119. De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria.

120. La Corte ha establecido que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias.”

C. Opinión legal en cuanto al cambio de categoría del Estudio de Impacto Ambiental.

Esta Procuraduría concuerda con lo planteado por el demandante; ya que la resolución bajo análisis procedió a aprobar un Estudio de Impacto Ambiental Categoría II, cuando lo que procedía era uno Categoría III.

Nuestra posición se fundamenta en el hecho que el artículo 24 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, modificado por el Decreto Ejecutivo 155 de 5 de agosto de 2011, define **Estudio de Impacto Ambiental Categoría II**, así: *Documento de análisis aplicable a los proyectos, obras o actividades incluidos en la lista taxativa prevista en el artículo 16 de ese reglamento, cuya ejecución pueda ocasionar impactos ambientales negativos de carácter significativo que afecten parcialmente el ambiente; los cuales pueden ser eliminados o mitigados con medidas conocidas y fácilmente aplicables, conforme a la normativa ambiental vigente. Se entenderá, para los efectos de*

ese reglamento, que habrá afectación parcial del ambiente cuando el proyecto, la obra o la actividad **no genere impactos ambientales negativos significativos** de tipo acumulativo o sinérgico.

Por otra parte, el **Estudio de Impacto Ambiental Categoría III**, se define de esta manera: *Documento de análisis aplicable a los proyectos, obras o actividades incluidos en la lista taxativa en el artículo 16 de ese reglamento, cuya ejecución pueda producir impactos ambientales negativos de tipo indirectos, acumulativo y/o sinérgico de significación cuantitativa y/o cualitativa, que ameriten, por tanto, un análisis más profundo para su evaluación y la identificación y aplicación de las medidas de mitigación correspondientes.*

Decimos que el **Estudio de Impacto Ambiental que corresponde al proyecto de Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario)**, debe ser **Categoría III**, debido a que, tal como lo indicó el Magistrado Fábrega en este caso, en un salvamento de voto, *“La suspensión provisional de los efectos del acto demandado fue concebida con la finalidad de evitar perjuicios notoriamente graves a la biodiversidad, pues la Resolución N° DIEORA IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, aprueba el Estudio de Impacto Ambiental Categoría II, para el proyecto, Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario)..., EL CUAL SE ENCUENTRA EN FASE DE ejecución específicamente realizando movimientos de tierras, talas de masas boscosas, excavaciones a los márgenes de los lagos entre otros, toda vez que el contrato de obra celebrado por el promotor del proyecto con el consorcio contratista exige de manera expresa que el estudio de impacto ambiental sea categoría III y el estudio aprobado es categoría II.”* (Cfr. página 382 del expediente judicial).

Desde nuestra perspectiva, las constancias procesales, evidencian que el proyecto de Diseño y Construcción de la Rehabilitación y Ensanche de la Carretera Omar Torrijos (Corozal-Red Tank-Vía Centenario) debe ser **Categoría III**, por ser de aquellos **“cuya ejecución pueda producir impactos ambientales negativos de tipo indirectos, acumulativo y/o sinérgico de significación cuantitativa y/o cualitativa, que ameriten, por tanto, un análisis más profundo para su evaluación y la identificación y aplicación de las medidas de mitigación correspondientes”**, tal como lo define el

artículo 24 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, modificado por el Decreto Ejecutivo 155 de 5 de agosto de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio de Ambiente debió solicitar al Promotor del proyecto, el cambio de la Categoría II del Estudio de Impacto Ambiental, a una Categoría III, según lo preceptúa el artículo 18 del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, modificado por el Decreto Ejecutivo 155 de 5 de agosto de 2011 (Cfr. página 21 de la Gaceta Oficial 26,352 de 24 de agosto de 2009).

En nuestra opinión, el Estudio de Impacto Ambiental, Categoría II, aprobado por la Resolución IA-048-2014 de 26 de marzo de 2014, emitida por el Ministerio de Ambiente, objeto del proceso que ocupa nuestra atención, **vulneró la legislación vigente**, puesto que, según lo explicamos en el apartado anterior, se transgredieron disposiciones del Decreto Ejecutivo 123 de 14 de agosto de 2009, modificado por el Decreto Ejecutivo 155 de 5 de agosto de 2011.

En ese orden de ideas, también consideramos que al dictar la resolución que aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Categoría II, el Ministerio de Ambiente ha transgredido la Ley 41 de 1 de julio de 1998, porque la Resolución N° DIEORA IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018, objeto de controversia, ya que su actuación resulta contraria a la obligación impuesta por la normativa ambiental, en el sentido que dicha autoridad, debe promover el uso del espacio y que éste se dé en función de sus aptitudes ecológicas, sociales y culturales, de acuerdo a su capacidad de carga.

Al respecto, esta Procuraduría opina que, ciertamente, el Ministerio de Ambiente, por medio de la resolución en estudio, desconoció su deber de promover el establecimiento del ordenamiento ambiental del territorio nacional y velar por los usos de espacio en función de sus aptitudes ecológicas, sociales y culturales, su capacidad de carga, el inventario de recursos naturales renovables y las necesidades de desarrollo, en coordinación con las autoridades competentes; que el Estado y la sociedad civil tienen el deber de adoptar medidas para prevenir y enfrentar los desastres ambientales y que la entidad ministerial velará por la existencia de los planes de contingencia y coadyuvará en su implementación, los que se aplicarán por las autoridades competentes; que los recursos naturales renovables son de dominio público y de interés social y las normas que los regulan tienen el objetivo de incorporar el concepto de sostenibilidad y racionalidad en su aprovechamiento; que el Estado

apoyará la conservación y preferentemente, las actividades de la diversidad biológica en su hábitat original; que el uso de los suelos deberá ser compatible con su vocación y aptitud ecológica, por consiguiente, que se deben evitar las prácticas que favorezcan la erosión, la degradación o la modificación de las características topográficas con efectos ambientales adversos; y que el agua es un bien de dominio público, debido a que su conservación y uso son de interés social, por lo que nuevamente no se tomó en cuenta que debía actuar **de conformidad con la legislación vigente.**

Realizado el análisis anterior, debemos destacar que el derecho a un ambiente sano atiende normas constitucionales, legales y a distintos instrumentos internacionales en los cuales se advierten parámetros mínimos de protección, en tal sentido, disminuir la categoría de un estudio de impacto ambiental cuya ejecución producirá impactos negativos significativos contraviene el **Principio de No Regresión que tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.**

Para el autor Mario Peña Chacón, la principal obligación que conlleva la correcta aplicación de ese principio es la de: ***“No afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder. Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.”*** (Peña Chacón. M. El principio de No regresión Ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense. Pag. 1).

A nuestro criterio, el proyecto referido en las líneas anteriores, al ser aprobado en una Categoría II, distinta a la pactada en el contrato, igualmente vulnera el principio precautorio el cual dispone lo

siguiente: "**Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deben aplicar ampliamente las medidas de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas efectivas para impedir la degradación del medio ambiente.**" (Declaración de Río, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992).

Lo anterior, es así toda vez que, la protección ambiental promovida y pactada por el Ministerio de Obras Públicas con el contratista en el Contrato AL-1-73-17 de 21 de noviembre de 2017, obedecía a la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental Categoría III, lo cual fue variado sin contemplar una real conveniencia del interés público, y por el contrario, vulnerando principios internacionales como los son el Principio Precautorio que ordena a los Estados a aplicar ampliamente las medidas de precaución y el Principio de No Regresión, que tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, lo que hemos explicado ampliamente durante el desarrollo de este concepto.

Bajo esta premisa, resulta claro que las **autoridades ambientales tienen el compromiso estatal e internacional de establecer garantías suficientes de protección ambiental para la aprobación de un estudio de impacto** y posterior a ésta, fiscalizar y supervisar el adecuado cumplimiento de las medidas de mitigación, compensación y adecuación, entre otras, que debe adoptar el promotor del proyecto.

Lo expuesto, guarda relación con el artículo 119 de la Constitución Política de la República de Panamá, que reconoce el deber del Estado y de todos los habitantes del territorio nacional de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.

Ahora bien, explicado lo anterior, es oportuno señalar que se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos que la Constitución Política o la ley señalen, aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, los celebrados por decisión de autoridad que carezca de competencia, o los

que se hayan celebrado con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido, tal como lo dispone el artículo 52 (numeral) de la Ley 38 de 2000, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 52: Se incurre en vicio de **nulidad absoluta** en los actos administrativos dictados en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Los dictados por autoridades incompetentes;
3. Aquellos cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos;
4. **Los dictados con prescindencia absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso;**
5. Los que graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado." (El resaltado es nuestro).

De la norma transcrita, se infiere con meridiana claridad, los elementos y las causales que deben ser considerados para declarar la nulidad de un acto administrativo, de manera que luego de evaluadas todas las constancias procesales, es claro que nos encontramos frente a la nulidad del acto acusado de ilegal.

En tal sentido, el acto impugnado fue dictado con prescindencia absoluta de trámites fundamentales que implican violación del debido proceso, ya que, no se dio la adecuada participación ciudadana, al no contemplarse la celebración del foro público como mecanismo establecido en la legislación ambiental para este tipo de proyectos; y al restringir el derecho a ser oído de la comunidad, derecho fundamental que consagra el artículo 8.1 de la Convención de Derechos Humanos, que indica que las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos, como es el derecho ambiental en general y a un ambiente sano.

Al respecto, cobra importancia resaltar, la teoría sobre la eficacia y validez de los actos administrativos, según anota el jurista Jaime Orlando Santofimio, cito: "*El fenómeno de la validez es*

el resultado de la perfecta adecuación sumisión y cumplimiento de la elaboración y expedición del acto administrativo, a los requisitos y exigencias consagradas en las normas superiores.


En otras palabras, se predica que un acto administrativo es válido desde el mismo momento en que éste se adecúa perfectamente al molde de las exigencias abstractas del ordenamiento jurídico y del derecho.” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Acto Administrativo - Procedimiento, eficacia y validez 2da. edit. Universidad Externado de Colombia, 1994. pág. 233).


La doctrina también destaca los planteamientos del jurista Olgúin Juárez, de quien el Doctor Santofimio hace referencia en su obra y señala que: *“Los actos son válidos cuando han sido emitidos de conformidad a las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que les son esenciales... es decir la validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico.” (OLGUIN JUÁREZ, Hugo A., Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pág. 21).*

En el marco de los hechos cuya relación hemos expuesto en los párrafos precedentes, nos abstendremos de continuar con el análisis de los demás cargos de ilegalidad concernientes a la emisión de la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018; puesto que las razones expresadas en los párrafos precedentes son suficientes para que nuestro concepto sea favorable a la declaratoria de nulidad.

En virtud de la doctrina y del análisis íntegro del expediente judicial, tenemos a bien concluir, que se configuran los cargos de infracción referidos por el demandante, por lo que solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se sirvan declarar que es **NULA, POR ILEGAL la Resolución Dieora IA-058-2018 de 17 de mayo de 2018**, emitida por el Ministerio de Ambiente.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 1513-18