

Comentarios al fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”.

Comments on the judgement of the Third Chambers of Administrative Litigation that declared ilegal, and therefore null, the Resolution No. AG-0691-2012 “by which the ecological or environmental flow is established for the users of the country’s water resources and dictates others provisions.”

Por

Ramón H. Benjamín M.*

<https://orcid.org/0000-0003-2115-4343>

Resumen: *El trabajo presenta en forma resumida los argumentos de la demanda y la decisión del tribunal, en un caso de aplicación de la regulación sobre participación ciudadana, en la materia ambiental en general y, específicamente, en la definición de caudales ecológicos o ambientales, en el contexto de los conflictos socioambientales por el acceso y uso del agua en Panamá.*

Palabras clave: *Participación ciudadana, ambiente, derecho al agua, conflictos socioambientales, caudal ecológico.*

Abstract: *the work summarizes the arguments of the lawsuit and the court’s decision, in a case of application of the regulation on citizen participation, in environmental matters in general, and specifically, in the definition of ecological or environmental flows, in the context of socio-environmental conflicts for the access and the use of water in Panama.*

Keywords: *Citizen participation, environment, right to water, socio-environmental conflicts, ecological flow.*

*Egresado de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá (2014), con diplomado Superior en Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales en FLACSO-Panamá (2016), Especialización y Curso Internacional “Epistemologías del Sur” del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (2021) y maestría en Estudios Culturales Latinoamericanos de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia (2023).

I. Introducción

Mediante fallo del 16 de diciembre de 2016, publicado en la Gaceta Oficial N.º 28240 del 20 de marzo de 2017, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJ), declaró nula por ilegal la Resolución N° AG -0691-2012 “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”, emitida por la Autoridad Nacional del Ambiente (en adelante, ANAM), hoy Ministerio de Ambiente.

Se entiende, de manera general, como caudal ecológico o ambiental, la cantidad mínima de agua necesaria, en un cuerpo de agua, para garantizar la supervivencia de este y mantener los sistemas de vida articulados en torno al mismo, incluyendo la vida humana.

En la parte considerativa de la resolución demandada, el quinto punto definía el caudal ecológico o ambiental como:

La cantidad de agua expresada en términos de magnitud, duración, época y frecuencia de flujos y la calidad de agua expresada en términos de rangos, frecuencia y duración de la concentración de variables claves que son requeridas para mantener el agua necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce del río.

En el octavo punto de la parte considerativa, la ANAM reconocía, como motivante de su decisión:

Que diversos proyectos hidroeléctricos, en etapas de diseño, construcción y operación, habían incluido dentro de sus esquemas de operación, turbinar a pie de presa el caudal ecológico con el aval de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), mas no de la ANAM, por la restricción contenida en el artículo 3 de la Resolución N.º AG-0127-2006.

En su parte resolutive, mantenía como caudal ecológico o ambiental un mínimo del 10% del caudal promedio interanual (artículo 1), exceptuando de la limitación de uso a los proyectos hidroeléctricos “que turbinan o proyectan turbinar a pie de presa el caudal ecológico” (artículo 2), y derogaba las anteriores resoluciones que regulaban la materia: N° AG-0127-2006 y AG-0522-2006.

El fallo resuelve la demanda contencioso administrativa de nulidad presentada por el Centro de Incidencia Ambiental (en adelante, CIAM) en nombre y representación de cuatro organizaciones de productores y ambientalistas de la provincia de Chiriquí: Asociación de Productores de Cultivos Exportables (APCE), Asociación para la Conservación de la Biósfera (ACB), Fundación para el Desarrollo Integral Comunitario y Conservación de los Ecosistemas de Panamá (FUNDICCEP)¹ y Amigos del Parque Internacional La Amistad (AMIPILA).

¹ Agradezco los aportes recibidos en conversación con Damaris Sánchez Samudio, directora ejecutiva de FUNDICCEP y miembro de la Red Nacional en Defensa del Agua, sobre los hechos que preceden la demanda y la situación actual del conflicto socioambiental sobre el agua, en general, y

II. La demanda

El CIAM sostiene que, en la definición del caudal ecológico o ambiental, y por tanto en la fijación del 10% como mínimo y con la finalidad exclusiva de preservar “los valores ecológicos en el cauce del río”, no se tomaron en consideración los usos del agua con fines domésticos y de salud pública.

En consecuencia, en la demanda se señala la ilegalidad de la resolución, bajo el concepto de violación en forma directa por omisión, es decir, la falta de aplicación de una norma legal que conducía a la resolución de la situación jurídica planteada, concretamente los artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002 “que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones”².

Ambos artículos integran el Capítulo VII de la Ley 6 de 2002, denominado “Participación Ciudadana en las Decisiones Administrativas y sus Modalidades”, redactados en los siguientes términos:

Artículo 24. Las instituciones del Estado, en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación

sobre el caudal ecológico, en particular, que sirven para reconstruir un contexto social que permite comprender la importancia del problema jurídico.

² Además de los artículos considerados en el fallo de la Sala Tercera, el CIAM señalaba cargos de ilegalidad de la resolución en relación a los artículos 62 y 81 de la Ley 41 de 1998 “General de Ambiente”, el artículo 1 de la Ley 44 de 2002 “que establece el régimen administrativo especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá”, el artículo 1 del Decreto Ley 35 de 1966 “mediante el cual se reglamenta el uso de las aguas”, y el artículo 3 del Decreto Ejecutivo 480 de 2013 “que aprueba la política nacional de recursos hídricos, sus principios, objetivos y líneas de acción, todos en concepto de violación directa por omisión.

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.

Según el CIAM, la violación del artículo 24 se produce porque este exige a la institución que “faculte, posibilite o autorice la intervención de grupos de ciudadanos o usuarios del recurso hídrico que puedan verse afectados, previo a la emisión de la resolución objeto de este recurso, que fija el porcentaje del caudal ecológico” (CSJ, 2016a: 6).

En cuanto a la violación del artículo 25, según el CIAM, esta se produce ya que:

El acto administrativo demandado ha surgido de manera ilegal, porque fue dictado sin haberse observado las formalidades correspondientes y que, en el presente caso, implica no solo la verificación de algunas de las modalidades de participación ciudadana previstas en dicho artículo, sino también la publicación de la modalidad a seguir: proceso y publicaciones que nunca se llegaron a realizar (CSJ, 2016a: 6).

El fallo recoge, en la sección de Intervención de terceros, el amicus curiae presentado por la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), en apoyo al argumento de CIAM, señalando que la resolución demandada “carece de mecanismos de participación para establecer el caudal ecológico, de forma tal que se incorporen las necesidades de todos los interesados en la determinación de la cantidad de agua necesaria en cada cauce”, lo que actúa en contra de “la necesidad de tener procesos participativos para la toma de decisiones en materia ambiental”, y que, además, “podría violentar principios y reglas de derecho internacional y derechos humanos sobre la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado” en los casos que afecten comunidades indígenas (CSJ, 2016a: 8).

Opinión de la Procuraduría de la Administración. El procurador de la Administración considera que no hay ilegalidad en la resolución demandada ya que a pesar de que la obligación de realizar procesos de participación ciudadana existe “en todos los actos de la

Administración Pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos”, este no es el caso, puesto que la resolución demandada únicamente regularía un procedimiento que posteriormente conduciría al reconocimiento, o no, de un derecho subjetivo, y que sería en este último procedimiento donde debería permitirse la participación ciudadana (CSJ, 2016a: 9).

Como un breve comentario a esta opinión, el artículo 24 de la Ley 6 de 2002 ordena a las instituciones del Estado permitir la participación ciudadana en los actos de la administración pública “que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos”. Sin perjuicio de que, en efecto, la participación ciudadana podría estar presente en las solicitudes de concesión para uso de agua, nada impide considerar que la fijación de un caudal ecológico o ambiental mínimo es un acto que puede afectar o generar las condiciones para afectar intereses y derechos, tomando en consideración además lo que ha sucedido en la práctica, que el desarrollo de proyectos y el otorgamiento de concesiones ocurre sin garantizar los derechos a la información y la participación de la población afectada.

La decisión de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala plantea el problema jurídico (CSJ, 2016a: 11) en los siguientes términos: ¿la obligación de permitir la participación ciudadana constituye un trámite fundamental en el proceso de adoptar una decisión sobre el caudal ecológico o ambiental, cuya no realización pueda causar la nulidad de la resolución demandada, por no haber sido emitida conforme a derecho?

En su argumento sobre participación ciudadana, la Sala reitera la jurisprudencia sobre la materia desarrollada en los últimos años, partiendo de su relación al derecho humano de acceso a la información en poder de la administración pública u otros organismos que realizan un servicio público, incluyendo en este concepto de información, no solamente el informe cotidiano sobre la gestión pública, sino la información relacionada con la conducta de los servidores públicos, el manejo de los recursos que son patrimonio del Estado, y, muy importante, la triada que relaciona las decisiones con los criterios que motivan esas decisiones y el sustento de tales criterios.

En el caso que nos ocupa, para cumplir con esta tríada sería necesario dar a conocer junto a (1) la decisión de fijar el caudal ecológico o ambiental en un mínimo de 10%, (2) los criterios para fijarlo en ese porcentaje y no en otro, más allá de declarar que esa es la cantidad de agua necesaria para preservar los valores ecológicos del río, es decir, incluyendo, (3) las referencias a los conocimientos que sustentarían que ese porcentaje, en todo lugar y circunstancia, garantiza el cumplimiento de esa finalidad.

Siguiendo lo desarrollado en jurisprudencia precedente, la Sala hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos para reconocer el derecho de “la comunidad o ciudadanía... a integrarse a las decisiones que adoptan quienes la representan o gobiernan”:

Artículo 23. Derechos políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Luego recurre a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Castañeda Gutman vs México*), para subrayar la relación entre el derecho de participación y las obligaciones del Estado de respetar derechos y adoptar disposiciones de derecho interno:

El derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos [...] impone al Estado una obligación positiva que se manifiesta con una obligación de hacer de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la Convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención).

La diferencia entre las acciones de (1) informar de manera limitada, (2) informar incluyendo decisiones, criterios y sustento de los criterios, y (3) participación ciudadana como parte del derecho a la información, es señalada en la explicación de la Sala sobre la

finalidad de la participación ciudadana, insistiendo en que esta no es únicamente “informar al ciudadano de una gestión pública o saber su opinión en la adopción” (CSJ, 2016a: 14), pues va mucho más allá: integrar a los ciudadanos y la comunidad en los asuntos que les afectan, concienciar y evaluar opiniones y posibles decisiones, apoyar y dar seguimiento a la ejecución de una decisión hasta su cumplimiento, educar sobre asuntos de interés general y sus efectos, expresar y adoptar visiones, lograr aceptación, consensos y compromisos, y transparentar las decisiones que adopta un gobierno (CSJ, 2016a: 14).

En todo caso, la extensión de la finalidad de la participación ciudadana declarada por la Sala contrasta con lo expresado en los alegatos de conclusión de la parte actora, donde expone una realidad en la vida cotidiana de organizaciones y comunidades afectadas no solamente por proyectos hidroeléctricos, sino otros tipos de proyectos: “la realidad actual es que el Ministerio de Ambiente otorga las concesiones... sin poner en conocimiento a la población que un tercero está tramitando una concesión, ni realizar las consultas ciudadanas que correspondería a efectuar” (CSJ, 2016a: 10).

Respecto a la legislación interna, la Sala remite a la Ley 6 de 2002, citando el artículo 24 ya transcrito, destacando el carácter imperativo de la norma, “por lo que se constituye en requisito indispensable” su aplicación “en toda actuación de la Administración Pública que implique una posible afectación a los intereses y derechos de la ciudadanía en general o grupos interesados”, haciendo énfasis en que el artículo menciona una serie de actos “entre otros”, dejando

abierta la posibilidad para que tanto los administradores como la ciudadanía definan cuáles otros actos requieren el cumplimiento de esta obligación, en tanto que “la temática suponga una posible afectación a los intereses y derechos de la colectividad” (CSJ, 2016 a: 15).

La Sala califica la acción de facilitar el acceso a las decisiones como una “tarea relevante del estado social de derecho”, y en sentido similar a lo dicho sobre el catálogo de actos de la administración pública en los que la participación ciudadana es un requisito indispensable, se pronuncia sobre las cuatro modalidades señaladas en el artículo 25 para hacer efectiva la participación ciudadana establecida en el artículo 24, ambos de la citada norma, dejando abierta “la posibilidad de que otros mecanismos puedan ser fijados en nuestro ordenamiento” para facilitar una participación ciudadana “inmediata, concreta y eficaz” (CSJ, 2016a: 16).

Luego entra a valorar, mucho más específicamente, la necesidad de participación ciudadana en los actos de la administración pública sobre materia ambiental y “en la adopción de normativa tendiente a garantizar un mínimo de disponibilidad de agua en las fuentes hídricas del país” (CSJ, 2016a: 16), ratificando la complejidad de las problemáticas ambientales, la presencia de diversidad de intereses públicos y privados en estas, la discusión desde un enfoque de derechos humanos y las obligaciones del Estado en ejercicio de la función pública, “la cual presupone un énfasis en el interés general y los derechos colectivos, respetando los intereses y derechos particulares” (CSJ, 2016a: 17).

La Sala insiste en el reconocimiento de la participación ciudadana como un principio en materia ambiental en general y en relación a grupos humanos puestos históricamente en condición de vulnerabilidad, como las mujeres, las juventudes, las poblaciones indígenas y otras comunidades locales (CSJ, 2016a: 17-18), tomando como referencia la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y el Convenio sobre la Diversidad Biológica (1993) ratificado por Panamá mediante Ley 2 de 1995, entre otros documentos producidos dentro del discurso de “desarrollo sostenible”.

Dejando igualmente abierta la puerta a considerar otros instrumentos de derecho internacional, la Sala considera “evidenciada la importancia de la participación ciudadana en temas de desarrollo sustentable y medio ambiente, y en especial de aquellas personas interesadas o afectadas por las actividades, siendo imperativa su implementación” (CSJ, 2016a: 19).

En el derecho interno, en este marco más específico, la Sala reitera que la participación ciudadana en materia ambiental se sustenta en el artículo 119 de la Constitución Política, que asigna tanto al Estado como a “todos los habitantes del territorio... el deber de propiciar un desarrollo... que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas”; y en el numeral 12 del artículo 2 de la Ley 8 de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente, proveniente de la Ley 4 de 1998, General de Ambiente, el cual señala la promoción de la participación ciudadana entre las atribuciones de la institución al

formular o ejecutar políticas, estrategias y programas en materias de su competencia (CSJ, 2016a: 20-21).

La misma Ley 4 de 1998 crea la Comisión Consultiva Nacional de Ambiente, reglamentada mediante Decreto Ejecutivo 57 de 2000, definiendo la participación ciudadana en la materia (artículo 4), su finalidad y modalidades, aunque limitada por ese mismo reglamento (artículo 48) a aquellos asuntos declarados “importantes” vía resolución de la Autoridad Nacional del Ambiente, hoy Ministerio de Ambiente.

Con base en las normas expuestas, la Sala declara que queda claramente “acreditada la necesidad de utilización de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones en materia de medioambiente” (CSJ, 2016a: 23).

Finalmente, en el caso concreto, la Sala se remite al informe de conducta del Ministerio de Ambiente para determinar si aquella institución realizó el “trámite fundamental” de participación ciudadana ordenado mediante Ley 6 de 2002.

En el mencionado informe, aportado mediante Nota N°. AG-0855-15 de 18 de marzo de 2015, la autoridad dice que “no ha podido ubicar registros en la institución que den cuenta del mecanismo de participación ciudadana empleado para la expedición de la resolución objeto del presente recurso” (CSJ, 2016a: 7).

En pocas palabras, el Ministerio de Ambiente reconoce la veracidad de los argumentos de ilegalidad planteados por el CIAM, y además

comunica su disposición a modificar la reglamentación cumpliendo con la normativa sobre participación ciudadana y con el objetivo de cumplir sus funciones como institucionalidad ambiental del país.

Con base en lo anterior, junto a los argumentos desarrollados, la Sala declara que la resolución demandada es nula por ilegal “ya que con la emisión de la resolución demandada no se aprecia que se haya realizado ninguna de las modalidades de participación ciudadana que contempla el artículo 25 de la Ley 6 de 2002, en desarrollo del artículo 24 de la misma norma” (CSJ, 2016a: 24).

Además de la declaratoria de nulidad, el CIAM incluía una segunda pretensión a la cual no accedió la Sala: que esta dictase disposiciones en reemplazo de la resolución impugnada.

La Sala, en un breve argumento al final del fallo reconoce que el artículo 206 de la Constitución, el cual señala las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en su numeral 2, sobre la jurisdicción contencioso-administrativa, le otorga la facultad de “estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas”, sin embargo, enumera 4 razones (CSJ, 2016a: 28) para no hacerlo:

1. La tecnicidad de la materia contenida en la resolución.
2. El carácter privativo de la atribución de regular la materia que corresponde al Ministerio de Ambiente.

3. La imposibilidad de emitir una norma en reemplazo de otra que ha nacido ilegalmente por no haber utilizado los mecanismos de participación planteados en el desarrollo del fallo.
4. La contradicción con los principios en que se sustenta la declaratoria de nulidad que se produciría al emitir una norma de reemplazo.

III. Comentarios

Lo primero a señalar es que este caso forma parte de un acumulado de jurisprudencia sobre participación ciudadana que viene desarrollando la Sala Tercera a partir de la existencia de la Ley 6 de 2002 y su apropiación por parte del público, principalmente en materia urbanística y de servicios públicos.

De particular interés en el tema ambiental es la sentencia de 23 de diciembre de 2013, que resuelve demanda contencioso administrativa de nulidad en contra de la resolución de la Autoridad Nacional del Ambiente que declaraba como área protegida el Humedal Bahía de Panamá, por su extenso desarrollo sobre el marco constitucional y legal de protección al ambiente en Panamá, las referencias a la doctrina y el aprovechamiento de la jurisprudencia regional, junto a los criterios expresados al examinar la legalidad de las normas: que la participación ciudadana es un principio cardinal de la protección ambiental, y la aplicación del principio de no regresión ambiental contra la pretensión de anular un acto administrativo de

interés general, o público de carácter ambiental, excepto cuando exista un interés superior (CSJ, 2013).

Sin embargo, ya en el 2007, la Sala, en un caso de cambio de zonificación sin consulta ciudadana en un área de la ciudad de Panamá, señalaba que “toda actuación de la Administración pública que implique una posible afectación en los intereses y derechos de la ciudadanía en general, requiere una comunicación previa a aquellos grupos interesados, con el propósito de salvaguardar los mismos” en cumplimiento de la participación ciudadana ordenada en la Ley 6 de 2002, y que en la práctica había ocurrido que “los residentes del lugar y presuntos afectados con la expedición del acto en cuestión conocieron de este hecho en fecha posterior, por medio de un letrero que anunciaba la construcción de un proyecto de enorme magnitud en dicha área” (CSJ, 2007: 380).

Pocos meses antes del fallo sobre caudal ecológico, la Sala adelantaba varios de los argumentos, que luego serían utilizados en otro caso donde se demandaba la nulidad de la resolución de la Autoridad Nacional del Ambiente que declaraba el área protegida de Donoso, cuya sentencia ampliaba sobre la finalidad de la participación ciudadana, la cual:

No tiene como finalidad única informar al ciudadano de una gestión pública o saber su opinión en la adopción, sino que constituye un mecanismo de integración en los asuntos que les afectan como ciudadanos y como comunidad; un método

de concienciación y evaluación de las opciones y decisiones que se pretenden adoptar; una forma de apoyo y seguimiento en la ejecución de la decisión y su efectivo cumplimiento; un medio para la educación sobre un tema en particular de interés general y sus distintas afectaciones; un espacio para que el ciudadano exprese y adopte su visión, lográndose niveles de consenso, compromiso y aceptación; y también lograr el objetivo de la transparencia en las decisiones que se adopten en un gobierno, facilitándose en cierta forma el desarrollo y una democracia participativa. (CSJ, 2016b: 653).

Aunque lo fundamental de la sentencia trata sobre la participación ciudadana en los actos de la administración pública en general, y en estos actos en materia ambiental en específico, primero es necesario conocer por qué una resolución sobre caudal ecológico o ambiental es motivo de discusión.

La base de la regulación vigente sobre uso de las aguas es el Decreto Ley N.º 35 de 1966 que define como “usos provechosos del agua” (artículo 16) aquellos relacionados con “fines domésticos y de salud pública, agropecuarios, industriales, minas y energía, y los necesarios para la vida animal y fines de recreo”; pero la discusión social sobre caudal ecológico o ambiental surge desde finales de la década de los noventa del siglo XX como consecuencia de la apertura del sector eléctrico a la iniciativa privada, la creación de incentivos a la generación de energía desde inicios del presente siglo, las formas en

que las concesiones de agua y para la generación hidroeléctrica han sido otorgadas, y las consecuencias de estas concesiones sobre la vida de las personas en las comunidades afectadas por los proyectos hidroeléctricos.

Quedan así planteados los conflictos socioambientales por el agua, es decir, disputas entre dos o más actores (comunidades, organizaciones de sociedad civil ambiental, pequeños agricultores, empresas, miembros de las comunidades contratados temporalmente por las empresas, funcionarios y autoridades de gobierno, entre otros) por el acceso y uso al “recurso”, en los cuales se hacen visibles las diferencias entre estos, las desigualdades en sus relaciones con el poder y la diversidad de formas de ver e interpretar el mundo, el ser humano y su relación con la “naturaleza” o el “ambiente”, expresadas en distintos lenguajes de valoración: desde el lenguaje de la economía dominante que analiza en términos de costo-beneficio, externalidades, crecimiento económico y compensaciones monetarias; hasta los lenguajes de pueblos originarios sobre lo sagrado del territorio, el buen vivir y la imposibilidad de la separación “ser humano-naturaleza”, propia del pensamiento “occidental”, pasando por los lenguajes técnicos con pretensión de neutralidad (incluyendo el lenguaje de la ingeniería y el lenguaje jurídico) y los lenguajes de distintas corrientes del ambientalismo o ecologismo, entre otros.

En el caso panameño, los conflictos socioambientales por el agua entre los miembros de comunidades afectadas por proyectos hidroeléctricos y las empresas que desarrollan tales proyectos, se re-

gistran principalmente en las provincias de Coclé, Veraguas, Bocas del Toro y Chiriquí, y en la comarca Ngäbe Buglé, siendo emblemáticos los casos de los proyectos Chan 75, Bonyik, Barro Blanco y las múltiples intervenciones sobre un mismo río o cuenca, en varios ríos o cuencas de la región occidental de la provincia de Chiriquí, además de la discusión actual sobre el contrato de Minera Panamá.

Sin embargo, vale la pena estudiar desde esta perspectiva distintos acontecimientos, incluyendo la construcción del Canal y la lucha por la recuperación del mismo y las áreas aledañas, la construcción del complejo hidroeléctrico Bayano que conduce hasta la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 14 de octubre de 2014, en el caso de los pueblos indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, el proyecto de ampliación del Canal de Panamá mediante la construcción de embalses en ríos de la “cuenca occidental” que originó la movilización de la Coordinadora Campesina contra los Embalses y el replanteamiento del proyecto hacia su modelo actual con tinas de reutilización del agua, y por supuesto, las constantes protestas por irregularidades en el suministro de agua potable en la ciudad de Panamá, su periferia oeste, este y norte, y otros centros urbanos.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la disputa es planteada como una defensa del derecho al agua, entendido como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” según la Observación General N.º 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho al agua, en desarro-

llo de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se refieren al derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, a una mejora continua de las condiciones de existencia y al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La conflictividad social se refleja, al menos parcialmente, en la inestabilidad de la regulación sobre caudal ecológico que antecede a la resolución demandada: la Resolución N.º AG-0127-2006 adoptaba “de manera transitoria” un mínimo de 10% del caudal promedio interanual como caudal ecológico o ambiental (artículo 1) a ser acatado “por todos los usuarios actuales, futuros y en trámites de concesión y permisos de aguas” (artículo 2). Y declaraba que estos caudales ecológicos o ambientales “no tendrían carácter de uso”, es decir, los usuarios con concesión o permiso de uso de agua solo podrían contar con el excedente de caudal luego de garantizado el caudal ecológico o ambiental (artículo 3).

Esta primera resolución sobre caudal ecológico o ambiental fue expedida “como consecuencia del incremento en la demanda de agua y el continuo desarrollo de obras hidráulicas” que hacía necesario una regulación con el objetivo de “instaurar caudales circulantes mínimos, capaces de mantener los ecosistemas de los ríos, procurando con ello garantizar, conservar y mantener un ambiente sano, limpio y libre de contaminación”.

La Resolución N.º AG-522-2006, producida “como consecuencia del incremento en la demanda de agua para el desarrollo de proyec-

tos hidroeléctricos”, modificaba el artículo 2 de la Resolución N.º AG-0127-2006, para que los obligados a acatar el caudal ecológico o ambiental fueran los nuevos usuarios y los que mantuvieran activo un trámite de solicitud de concesión o permiso de derecho de uso de aguas, excluyendo a los usuarios actuales en ese momento. Finalmente se encuentra la resolución demandada, con su contenido conflictivo ya señalado al inicio.

Si en la práctica lo que había venido ocurriendo es que los proyectos hidroeléctricos interpretaban el 10% mínimo de caudal ecológico o ambiental en sentido contrario, es decir, como un caudal máximo del 90% del agua a ser almacenada en el embalse. La resolución demandada, al introducir una excepción en la limitación en el uso del caudal ecológico o ambiental mínimo a favor de los proyectos hidroeléctricos con turbina a pie de presa, significaba que podrían usar el 100% del caudal, como de hecho venían haciendo sin la autorización de la autoridad en materia ambiental, a pesar de la restricción existente en aquel momento, tal como reconoce la propia autoridad en la resolución que expide para ajustar el derecho a una práctica en contra del derecho.

En la vida cotidiana, el auge en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos ha significado desde restricciones en el acceso al agua utilizada durante generaciones para el consumo humano, la producción agropecuaria o la recreación, el almacenamiento de agua en represas y la violación del mínimo de 10% caudal ecológico aguas abajo facilitado por debilidades en los sistemas de información y fiscalización, hasta el desplazamiento de co-

munidades, además de la transformación de ríos en corrientes mínimas de agua sobre todo en temporada seca, con estanques a lo largo de su cauce, que no garantizan la integridad de los ecosistemas, a pesar de las regulaciones sobre caudal ecológico o ambiental, en el contexto de un país caracterizado por la abundancia del agua en la naturaleza y las deficiencias en la provisión del servicio público de agua potable.

Luego de años de organización y protestas a nivel local, en las capitales de provincia y en la ciudad de Panamá frente a las instituciones involucradas en los procedimientos administrativos, la demanda del CIAM conduce esta conflictividad social hacia la esfera judicial.

Más allá del desarrollo del argumento de la Sala que reúne conceptos como “trámite fundamental”, “norma imperativa”, “requisito indispensable” y participación ciudadana “inmediata, concreta y eficaz”, la síntesis del contenido del fallo sobre participación ciudadana en materia ambiental se encuentra resumido en un espacio relativamente corto, luego de la declaración de nulidad de la resolución.

Concluye la Sala (CSJ, 2016: 26-27) afirmando los siguientes criterios:

1. La necesidad de participación ciudadana en el proceso hacia la definición de un caudal ecológico o ambiental “es más que evidente, y obligante para la Administración garantizar este derecho”.

2. La gestión del agua “solo es posible a través de un enfoque sistémico y participativo”.
3. El manejo y conservación del agua es “un deber compartido del Estado y todos los habitantes del territorio nacional con igualdad de género”.
4. Es deber de la autoridad en materia de ambiente “someter a la participación ciudadana a estos temas ambientales de interés nacional, que en su conjunto afectan y benefician a la ciudadanía en general, así como los intereses y derechos de los ciudadanos que habitan o colindan con las áreas impactadas”.
5. La participación ciudadana sirve a la necesidad de “recibir las aportaciones y contribuciones”, para el “entendimiento, internalización, apoyo e involucrarse en el proceso de ejecución de las medidas adoptadas” y para que “las comunidades y la sociedad en general puedan participar en el proceso de toma de decisión”.
6. Todo lo anterior, tiene por finalidad “garantizar a la actual y futuras generaciones la disponibilidad necesaria del recurso hídrico en cantidad y parámetros de calidad adecuados a los respectivos usos”, tomando en consideración la diversidad de usos del agua: potabilización y saneamiento, pre-

servación de los ecosistemas y actividades productivas; adoptando además “medidas para prevenir y enfrentar los desastres ambientales extremos”, y cumpliendo criterios de viabilidad económica, sostenibilidad ambiental y equidad social.

Entre las observaciones que se pueden realizar a la sentencia está que a pesar de reiterar los criterios de la Sala sobre el alcance del derecho de participación ciudadana, mucho más allá de los actos en los que un funcionario o autoridad comunica a la población sobre una decisión ya tomada, sigue siendo visible una relación asimétrica entre Estado y ciudadanía, ya que las personas no participan solamente para ser informadas, para integrarse, concienciarse o ser educadas, apoyar decisiones o dar seguimiento a su ejecución, para hablar, aceptar o ceder para llegar a consensos y comprometerse.

Participan porque consideran que además de todas esas posibilidades de “adaptación” a decisiones tomadas por otros, tienen derecho a influir en la decisión final sobre la realización o no de proyectos que se desarrollan en los territorios donde viven y afectan su forma de vida.

También es posible identificar un vacío entre el criterio de calificar la participación ciudadana como un trámite fundamental, el hecho de que la norma sea imperativa y el requisito como indispensable, según la normativa en materia de transparencia en la gestión pública, y dejar abierta la definición de los actos a una decisión posterior por parte de los administradores y la ciudadanía, según la normativa en materia ambiental.

El vacío es visible cuando se toma en consideración que, precisamente, el origen de la demanda que conduce al fallo en estudio radica en la práctica de administradores que no suelen estar por la labor de facilitar la participación, obstaculizando el derecho de la ciudadanía interesada en participar.

Si esta es la génesis del problema, es previsible que a falta de mayor claridad y obligatoriedad sobre los actos en los que la participación ciudadana es “fundamental, imperativa e indispensable”, la ciudadanía no se encontrará en posición de “definir” frente a la resistencia de los administradores.

Es decir, existe un vacío entre el derecho a la participación ciudadana y la obligación del Estado de promoverla, por un lado, y la facultad de la autoridad para decidir unilateralmente lo que es “importante”, en cuáles casos se aplica la participación ciudadana, y dentro de cuáles límites a su efectividad, según la reglamentación de la Comisión Consultiva Nacional de Ambiente.

Para finalizar, vale señalar la coyuntura en la que se produce el fallo y su actualidad. La transición entre la Autoridad Nacional del Ambiente y la creación del Ministerio de Ambiente se concreta a inicios del año 2015, durante el primer año de gobierno de la administración de Juan Carlos Varela, incorporando a la institución una cantidad considerable de activistas de la “sociedad civil ambiental”.

Esto puede explicar al menos en parte que en el informe de conducta, enviado en marzo de 2015, la institución señale la imposibi-

lidad de hallar constancia del uso de algún mecanismo de participación ciudadana en el procedimiento que conduce a la expedición de la resolución demandada, y además se comprometa a “actualizar las normas necesarias para fortalecer la protección efectiva de los recursos naturales”.

Asumiendo que esta frase se refería concretamente a la modificación de la regulación sobre caudal ecológico, lo cierto es que luego de la publicación del fallo en Gaceta Oficial han transcurrido seis años, dentro de dos períodos de gobierno y no hay información concreta desde el Ministerio de Ambiente sobre el proceso de creación de una nueva regulación en la materia, mientras subsiste el problema sobre los territorios.

Actualmente, todavía hay que verificar el impacto en la materia de la Ley 125 de 2020 “por la cual se 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), declarada por el titular del Ministerio de Ambiente, citado en comunicado institucional publicado el 7 de febrero de 2020, como “una herramienta valiosa que permitirá... ampliar aún más la participación ciudadana y transparentar de manera más directa el acceso a la información” (Ministerio de Ambiente, 2020), cuyo objetivo declarado es “garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales” (artículo 1).

Sin embargo, la Ley 125 de 2020 enfrenta los mismos obstáculos que la Ley 6 de 2002, y el derecho a la participación ciudadana en los asuntos de interés público en general, y en materia ambiental en particular, si bien es reforzado por la decisión de la Sala, y por nuevas normas en la materia, sigue encontrando un ambiente hostil para su realización, como atestigua, entre otros hechos, la muerte desde su cuna del proyecto de ley de participación ciudadana producto de la Concertación Nacional para el Desarrollo, es decir, de la discusión pública generada en torno a la posibilidad de concretar el proyecto de ampliación del Canal de Panamá, y presentado a la Asamblea Nacional en el año 2008, o la persistencia de prácticas en la administración pública en sentido contrario al contenido de la Ley 6 de 2002 y la constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia en lo que va del siglo XXI, la cual aún sigue lejos de las aspiraciones a una participación eficaz en el sentido de vinculante, y no simples trámites de legitimación de decisiones ya tomadas.

Un ejemplo de esto último, precisamente en materia ambiental, es el proceso de “consulta pública” sobre el proyecto de contrato de concesión entre el Estado y Minera Panamá S.A., para el proyecto minero “Mina de Cobre Panamá”, colgado en la plataforma Ágora “de conformidad con el Capítulo Séptimo, artículos 24 y 25 de la Ley 6 de 2002”, invitando a “todo interesado en participar y conocer los términos específicos del contrato” (Ministerio de Comercio e Industrias, 2023), a lo que la Procuraduría de la Administración ha respondido recordando la jurisprudencia de la Sala, sobre participación ciudadana, sus modalidades y fines.

El proceso de consulta, no vinculante, se realiza a través de la plataforma creada en el marco del Pacto del Bicentenario “Cerrando Brechas”, el cual fue presentado como “un proceso inédito de participación ciudadana” y “el diálogo más democrático entre panameños de la historia del país”, uno cuya “piedra angular es, pues, la participación ciudadana efectiva” dirigida a producir no solo “una lista de demandas, insatisfacciones y reclamos”, sino “un mandato de los ciudadanos” recogido en un documento final que fue hecho público como “acuerdos para la acción”.

Entre los acuerdos de la Comisión de Ambiente del Pacto Bicentenario hay uno que señala que “la explotación extensiva e intensiva de amplias zonas boscosas dedicadas actualmente a la explotación minera está colocando nuestras cuencas hidrográficas en una zona de riesgo crítica, lo que crea un reto para la sostenibilidad ambiental como país”, haciendo necesaria una “moratoria para la exploración y explotación de minería metálica en todo el territorio nacional”.

Toda esta contradicción es una muestra de los obstáculos que una forma de entender la economía y ejercer la política, desde las instituciones, representan para el cumplimiento de una legislación tan débil, como fundamental, para una política democrática.

Referencias

Autoridad Nacional del Ambiente (2006). Resolución N.º AG-127-2006 “por la cual se define y establece de manera transi-

toria, el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país.

Autoridad Nacional del Ambiente (2006). Resolución N.º AG-522-2006 “por medio de la cual se modifica la Resolución AG-0127-2006 mediante la cual se define y establece de manera transitoria el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país”.

Autoridad Nacional del Ambiente (2012). Resolución N.º AG-0691-2012 “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”.

Concertación Nacional para el Desarrollo (2007). Proyecto de Ley de Participación Ciudadana. <https://www.concertacion.org.pa/tmp/file/271/leyparticipacionciudadanapanama.pdf>

Corte Suprema de Justicia.

(2016a). Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 2016, que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2021/10/APCE-c-Autoridad-Nacional-del-Ambiente.pdf>

(2016b). Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2016, que declara que no es nula, por ilegal la Resolución N.º AG-0139-2009, “por medio de la cual se declara el Área Protegida de Donoso”.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2018/12/ELENO-GONZ--LEZ-GOVEA.pdf>

(2013). Fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de diciembre de 2013, que declara que no es ilegal la Resolución N.º AG-0072-2009, “por medio de la cual se declara como Área Protegida al Humedal Bahía de Panamá”.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/Constantino-Goanz--lez-Rodr--guez.pdf>

(2007). Auto de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2007, que suspende provisionalmente los efectos del Resuelto N.º 33 de 4 de febrero de 2003, emitido por la Dirección General de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda.

<https://jurisis.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/Octavio-Garc--a-Patrick-Dillon.pdf>

Decreto Ley 35 de 1966 “mediante el cual se reglamenta el uso de las aguas”. https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_

repo/blogs.dir/cendoj/AGRARIO/ ley_35_de_1966_regla-
menta_el_uso_de_aguas.pdf

Ley 6 de 2002 “que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de *habeas data* y dicta otras disposiciones”. http://gacetas.procuraduria-admon.gov.pa/24476_31120.pdf

Ley 125 de 2020 “por la cual se 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”. http://gacetas.procuraduria-admon.gov.pa/28956-A_53883.pdf

Ministerio de Ambiente (2020). Comunicado de Prensa: Ley 124 del 4 de febrero de 2020, que convierte el Acuerdo de Escazú en Ley de la República de Panamá. miambiente.gov.pa/7656-2/

Ministerio de Comercio e Industrias (2023). Aviso de Consulta Pública, 24 de marzo de 2023. <https://agora.gob.pa/Contrato-MineraPanama.php?csrt=14752202714332437904>

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Organización de Naciones Unidas. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002). Observación General N.º 15 (2002). El derecho al agua, (artículos 11 y 12 del Pacto

Comentarios al fallo de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo que declaró nula por ilegal la Resolución N.º AG-0691-2012, “por la cual se establece el caudal ecológico o ambiental para los usuarios de los recursos hídricos del país y se dictan otras disposiciones”/ Ramón H. Benjamín M.

Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales). https://digitallibrary.un.org/record/486454/files/E_C-12_2002_11-ES.pdf

Pacto del Bicentenario “Cerrando Brechas” (2021). https://www.agora.gob.pa/docs/informes/PB_Informe_Nacional_digital.pdf?csrt=18131417653058236695