

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: LA LEY DE AGUAS EN COSTA RICA.

RESUMEN: La presente recopilación de doctrina, normativa y jurisprudencia incorpora el análisis sobre la ley de aguas actual, específicamente desde el punto de las posiciones de la Procuraduría General de la República, desde la normativa se incorporan las reformas a la primera Ley promulgada en 1884, además se adjunta un estudio realizado en la Universidad de Costa Rica sobre la situación del recurso hídrico en cuanto a su posible incorporación dentro del T.L.C.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	1
a)Problema ambiental con el Tratado de Libre comercio con Estados Unidos.....	1
2NORMATIVA.....	8
a)Reformas efectuadas a la Ley de Aguas de 1884.....	8
Ley de Aguas de 1942.....	9
Reforma artículos 131 a 135 Ley de Aguas de 1942.....	9
Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). 14	
3JURISPRUDENCIA.....	15
a)Protecciones otorgadas por la ley de Aguas en casos como los manglares.....	15
b)Disposiciones de la Ley de Aguas en relación con la zona marítimo terrestre.....	21
c)Disposiciones relacionadas a aguas de Dominio Público.....	34
d)Análisis de la utilización del recurso hídrico.....	61
e)Potestad de la Administración en cuanto el uso de los recursos hídricos.....	68

1 DOCTRINA

a) Problema ambiental con el Tratado de Libre comercio con Estados Unidos

[INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES]¹

1. El interés económico en la biodiversidad. Centroamérica, conjuntamente con el sureste mexicano, constituye la región de Mesoamérica, cuya biodiversidad es la segunda de mayor riqueza en el planeta: 1.797 especies de mamíferos, 4.153 de aves, 1.882 de reptiles, 944 de anfibios, 1.132 de peces, 75.861 de plantas sin hablar de incontables microorganismos. Se estima que la región representa un 7% de la biodiversidad conocida de la Tierra. Además, los bosques de la región y sus enormes reservas de agua plantean un gran desafío a la voracidad de las transnacionales.

La Biodiversidad es hoy un recurso estratégico para el desarrollo tecnológico de punta en los campos de la biotecnología. El control de la biodiversidad implica tener en las manos una riqueza enorme. Claramente el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EUCA) busca establecer condiciones favorables para que las grandes corporaciones transnacionales estadounidenses tengan acceso privilegiado a esta riqueza.

Consideremos, además, que en virtud de la singular posición geográfica de Centroamérica, esta se constituye al modo de un corredor terrestre y marítimo para el flujo de bienes hacia el Norte y hacia los grandes mercados de la economía global. Un 80% de la actividad económica de los Estados Unidos está concentrada entre el río Mississippi y la Costa Atlántica. Ello plantea el reto de garantizar un transporte expedito de productos hacia la costa pacífica (California) con el fin de exportarlos hacia los mercados del Pacífico asiático.

En el "Capítulo Ambiental" leemos que "... Las Partes reconocen la importancia de fortalecer la capacidad para proteger el ambiente y de promover el desarrollo sostenible junto con el fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión..." Ya esto pone de

manifiesto, con claridad, el énfasis unilateral del tratado en relación con lo ambiental. Reiteradamente este aspecto queda sujeto a criterios comerciales y de conveniencia de los inversionistas.

2. El problema ambiental: orígenes y agravantes. El problema ambiental tiene dos aspectos fundamentales: por un lado, el irrespeto a los ritmos y ciclos de la Naturaleza; por otro lado el acceso a los servicios y recursos de la Naturaleza para todo ser humano.

Este problema surge en virtud de las características de la organización social en la cual vivimos y, en particular, de la dinámica propia de las actividades productivas en que se basa nuestro sistema económico. En el caso de Costa Rica, durante los últimos 50 años se hizo un enorme esfuerzo a fin de resolver ese segundo aspecto del problema ambiental. Se buscó posibilitar a las personas un acceso relativamente amplio y equitativo al disfrute del agua, la tierra, la energía. Es decir, se ha buscado proveer acceso al disfrute de ciertos bienes de la naturaleza.

Sin embargo, a partir de los años ochenta los procesos de ajuste estructural de la economía han provocado importantes cambios. Se introducen nuevas tendencias ambientalmente dañinas o se agravan algunas otras que ya se venían manifestando desde antes. Por ejemplo, el uso excesivo de agroquímicos; la amenaza a los acuíferos; el empobrecimiento del campesino y su transformación en peón agrícola o en habitante de los tugurios urbanos; la pérdida de la biodiversidad a causa de los monocultivos. También se registran efectos adversos asociados al incremento acelerado de la demanda por energía eléctrica y la amenaza al espacio ambiental de las comunidades debido a ciertos excesos del desarrollo turístico.

Justamente este es el modelo que se quiere consolidar y profundizar con el TLC EUCA.

3. Inversiones: la columna vertebral del TLC EUCA. No obstante su nombre, el TLC EUCA es menos un tratado comercial que un marco normativo cuyo objetivo principal es garantizar el entorno más favorable posible a los inversionistas. Evidentemente, cuando se dice inversionistas se dice, sobre todo, corporaciones transnacionales estadounidenses, cuyo poder económico y político

es ciertamente incontrastable. Es claro que a nadie más puede interesarle tanto como a estos las disposiciones en materias como propiedad intelectual o trato a las inversiones.

La inversión puede canalizarse a diferentes fines. Actualmente los servicios son el sector que atrae una mayor cuota de la inversión. Constituyen entre el 60 y el 70% del Producto Interno Bruto (PIB) y del empleo en los países industrializados, pero representan sólo el 20% del comercio mundial.

Antes de 1995 los acuerdos de liberalización comercial enfatizaban en bienes, no en servicios. A partir de la Ronda Uruguay el GATT que culminó en 1995 con la constitución de la OMC, el sector servicios pasó a ocupar una posición cada vez más central. Ello es, sin duda, reflejo de la lógica predominante de la acumulación capitalista que ahora tiende a orientarse crecientemente hacia los servicios.

4. La amenaza a los servicios públicos relacionados con lo ambiental. Este TLC EUCA amenaza sensiblemente nuestros servicios públicos más ligados a los recursos naturales. Como lo ilustramos en lo que sigue, contiene disposiciones cuyos efectos se resumen en dos aspectos fundamentales: 1) nos atan como sociedad ya que coartan nuestra capacidad de decisión y limita nuestra autonomía; y 2) profundiza la mercantilización de la Naturaleza. Los siguientes aspectos lo ilustran:

1. Se restringe sensiblemente la capacidad regulatoria del Estado en la protección del ambiente, y según la nomenclatura del Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (GATS, por sus siglas en inglés) esto se relacionaría con servicios como: financieros, seguros, telecomunicaciones, turismo, energía, y también servicios esenciales como la educación, la salud, servicios ambientales, y el suministro de agua. Cualquiera medida de protección al ambiente y la salud queda sujeta a la condición de que no resulte "restrictiva" para el comercio cosa que, evidentemente, limita seriamente la capacidad de regulación por parte de los gobiernos (art. 11.8.3).

2. En el anexo al capítulo ambiental leemos (anexo 17.1, art. 3, inc. h) que entre las prioridades de cooperación ambiental se encuentra el "... desarrollo y promoción de bienes y servicios

ambientales beneficiosos;...” Sin embargo no hay ninguna definición acerca de lo que deba entenderse por bienes y servicios ambientales. Pero si este asunto es colocado en el contexto de las negociaciones en el seno del GATS sí se le encontrara sentido pleno a esa prioridad así formulada. En realidad, “promoción y desarrollo” de tales servicios atiende más bien a la privatización a mediano plano del suministro de agua y otros “servicios ambientales”.

3. Mediante el mecanismo conocido como de “Medidas Disconformes”, y por medio de los enunciados explícitos que estas contengan, los países miembros del TLC EUCA quedan comprometidos con la legislación existente en relación con la inversión extranjera, la cual queda prácticamente “congelada”. Este “congelamiento” opera al modo de un mínimo: en el futuro el país podría dar mejores condiciones a los inversores extranjeros, pero nunca introducir condiciones o restricciones favorables al país pero contrarias al interés de los inversionistas. Se consolida a perpetuidad la disposición jurídica que expresamente aparece señalada en ese apartado de Medidas Disconformes e, inclusive, se llega a interpretarla. Así, este TLC EUCA obliga a mantener vigente la Ley de Hidrocarburos, ya que esta aparece explícitamente indicada. Esto deja abierta a perpetuidad la posibilidad de que en Costa Rica se realicen inversiones de exploración y explotación petrolera, lo que pondría en una situación de extrema amenaza nuestro ya de por sí frágil equilibrio ecológico (Anexo I de Medidas Disconformes, pág. 34).

De igual forma queda establecida la obligación de mantener en vigencia la Ley 7200 de Generación Privada de Electricidad también, aparecida entre las Medidas Disconformes (Anexo I de Medidas Disconformes, pp. 44-46). Sabemos, sin embargo, que existe una gran inconformidad con esta ley por parte de diversas organizaciones de la sociedad civil y diversas comunidades afectadas por proyectos hidroeléctricos privados.

Es importante recordar que los efectos lesivos de esas leyes han sido documentados en estudios y dictámenes de la Contraloría General de la República, la Defensoría de los Habitantes y la Procuraduría General de la República. Al respecto, se ha puesto de relieve que esta ley tiene consecuencias muy negativas para las finanzas públicas, ya que los pagos a generadores privados dan lugar a egresos por casi el 30% de los recursos económicos del sector eléctrico del ICE y más del 50% con relación al presupuesto

de inversión en el área eléctrica. En contraste con esas cifras, la producción eléctrica privada no alcanza el 15% del total de la generación. Este desajuste es el reflejo de que la energía comprada a los generadores y cogeneradores privados es un 60% más cara.

Podríamos igualmente abundar en otros ejemplos de medidas disconformes relacionados con la caza, la pesca, la explotación mineral, todo lo cual ratifica que este TLC EUCA representa una pérdida radical de soberanía y capacidad de decisión para nuestro país.

5. Expropiación

Este es un concepto de enorme importancia en el TLC EUCA. Al parecer se introduce una diferencia de alguna significación respecto del Tratado de Libre Comercio de la América del Norte (TLCAN) cuando establece que "... Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente".

¿Y qué significa "salvo casos excepcionales"? No lo sabemos, ni el tratado define expresamente este concepto. El problema (frecuente y reiterado a lo largo del todo el Tratado) es el carácter impreciso, amplio y difuso de los conceptos que se plantean. Tal es el caso de los conceptos "expropiaciones indirectas" o de "actos regulatorios no discriminatorios". Dice "no discriminatorios" o sea, si el estudio de impacto ambiental de una empresa nacional es aprobado y el de una transnacional no ¿será esto discriminatorio?

El contenido impreciso de estos términos deja abierta la puerta para acciones contraproducentes a los intereses de nuestros países.

6. Relación entre los convenios de comercio y los Acuerdos Multilaterales Ambientales (AMA`S).

Actualmente, existen unos 200 acuerdos multilaterales sobre el ambiente (AMA`s). Estos convenios tienen el fin de construir los cimientos de una

governabilidad internacional, basada en el multilateralismo, para una efectiva protección del ambiente.

De estos acuerdos 20 contienen cláusulas comerciales. A nivel de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se ha establecido un Comité de Comercio y Medio Ambiente para esclarecer la relación entre las normas de la OMC y las obligaciones comerciales específicas contempladas en dichos AMA's. Ese comité se ha creado ya que progresivamente ha venido cobrando más y más relevancia la contradicción entre las disposiciones en materia comercial, que contienen algunos de esos AMA's, y los convenios de liberalización comercial. Seguramente ello es reflejo de la creciente significación que adquieren los recursos y servicios naturales para la inversión rentable de los capitales.

El TLC EUCA nos dice (art. No.12, inciso 1) que las Partes reconocen la importancia de los AMA's. Pero luego reaparece la usual ambigüedad cuando se dice "... las Partes pueden consultar regularmente, según sea apropiado, respecto a las negociaciones en curso dentro de la OMC sobre los acuerdos ambientales multilaterales". En realidad, no es muy sensato realizar un proceso de "negociación comercial" tan caro como lo ha sido el del este TLC para llegar a acordar una consulta regular en materia ambiental.

Aquí lo que está en juego es la vigencia y verdadera relevancia de herramientas de derecho y gobernabilidad internacional que, como los AMA's, están concebidos en función del desarrollo sustentable. Diferente, ciertamente, de la lógica expoliadora resultante del libre flujo de bienes, servicios y capitales que promueven los TLC.

La OMC no es un espacio apropiado para discutir sobre gobernabilidad ambiental internacional. Por otra parte, el movimiento ecologista sostiene que Costa Rica debe dejar enfáticamente sentado que los AMA's deben prevalecer en materia ambiental por sobre los intereses puramente comerciales.

Recordemos también que Estados Unidos no se ha adherido a convenios de tanta importancia como el Convenio de Kyoto o el Convenio sobre Biodiversidad los cuales, aún si no son exhaustivos en el tratamiento de los problemas ambientales fundamentales, sí

constituyen hitos significativos para la construcción de la gobernabilidad ambiental.

7. Debilidad institucional. El artículo No. 5 del Capítulo 17 Ambiental de este Tratado, crea un Consejo de Asuntos Ambientales compuesto por representantes de las Partes de nivel ministerial o su equivalente, o por quienes éstos designen. Entre sus funciones están: supervisar la implementación del Capítulo y revisar su progreso., así como considerar el estado de las actividades de cooperación desarrolladas de acuerdo con el Acuerdo de Cooperación Ambiental Estados Unidos - Centroamérica (ACA).

Sin embargo, no se asigna a este Consejo la crucial responsabilidad de examinar los impactos que la intensificación del intercambio comercial tiene sobre el ambiente. Menos aún podría este órgano introducir modificaciones en las orientaciones del comercio, ni siquiera en los casos en que este provoque o incentive una explotación exacerbada de la Naturaleza.

Este TLC EUCA reproduce elementos presentes en TLCAN ya que, igual que este, asigna a los ministros del medio ambiente una menor jurisdicción que sus homólogos del sector comercial. Además, debemos recordar que los procesos de ajuste estructural tuvieron, entre otros, el efecto de redimensionar el Estado costarricense debilitando sensiblemente su capacidad de gestión estratégica en materia de sustentabilidad ambiental y social.

Resultar fácil constatar tal realidad: hoy día el Ministerio de Ambiente y Energía es uno de los "eslabones" más débiles del aparato estatal, dotado de un presupuesto absolutamente insuficiente y carente del suficiente personal interdisciplinario de alto nivel. Además la duplicidad de funciones y la confusión de niveles de coordinación y decisión entre nuestras instituciones públicas acrecientan la crisis de la gestión ambiental en Costa Rica.

Así que un Consejo Ambiental con escaso poder aunado a una débil y fragmentada gestión ambiental local harán que prevalezcan la lógica de la ganancia y de la mercantilización del patrimonio natural y social."

2 NORMATIVA

a) Reformas efectuadas a la Ley de Aguas de 1884.

Ley de Aguas de 1942.

No. 276 del 27/08/1942, promulgada por la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Vigente desde: 27/08/1942. (Se adjunta como anexo).

Reforma artículos 131 a 135 Ley de Aguas de 1942

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]²

Reforma artículos 131 a 135 Ley de Aguas de 1942 Artículo 1º.- Se reforman los artículos 131 a 135 de la Ley de Aguas N° 276 de 27 de agosto de 1942 los cuales se leerán así:

"Artículo 131.-Podrá formarse sociedades de usuarios para el aprovechamiento colectivo de las aguas públicas. Su funcionamiento y liquidación se ajustarán, en lo que no esté determinado en este capítulo y su naturaleza propia no se oponga, a lo que dispone la ley para las cooperativas. Deberán inscribirse en el Registro que al efecto llevará el Servicio Nacional de Electricidad, con la obligación de comunicar a éste de inmediato todos los cambios de estatutos y movimientos de Junta Directiva y de vigilancia. Unicamente su constitución se publicará en extracto en el Diario Oficial. Por la inscripción, toda sociedad deberá pagar al Servicio Nacional de Electricidad un canon de cien colones y por toda modificación u operación posterior un 50% de esa suma.

Las sociedades de usuarios requerirán para su formación un número no menor de cinco socios, los cuales podrán ser propietarios o arrendatarios de tierras.

Será necesaria la formación de una sociedad de usuarios para el aprovechamiento colectivo de las aguas públicas, cuando a juicio del Servicio Nacional de Electricidad el número de personas que aprovechan una fuente, el volumen de ésta, o las circunstancias especiales del uso de las aguas, indiquen que es más beneficioso al interés público y de los particulares el aprovechamiento en esa forma".

"Artículo 132.-Las sociedades de usuarios, una vez inscritas, gozarán de personalidad jurídica para todos los efectos y en especial para:

- a) Obtener concesiones para el aprovechamiento de las aguas de conformidad con las prescripciones de esta ley;
- b) Construir obras para riego, fuerza motriz, abrevaderos y cualquier otro uso de las aguas;
- c) Obtener los fondos necesarios para construir las obras que se proyectan mediante la contribución de sus socios; y
- d) Adquirir los bienes inmuebles necesarios para los fines propios de la sociedad y aceptar y poseer las servidumbre que se constituyan a su favor.

No podrán poseer ni administrar por sí mismas, explotaciones agrícolas, industriales ni comerciales, ni ejercer otras actividades que las propias de su objeto. La regulación del uso de las aguas por sus socios, estará determinada en la respectiva concesión, o por disposición posterior del Servicio Nacional de Electricidad y el derecho al uso de ellas por parte de los socios se hará en todo caso procurando al mayor igualdad y equidad.

El capital social estará dividido en acciones y la responsabilidad de los socios se limita al monto de sus aportes por este concepto. Serán nominativas, comunes y por un valor de la unidad monetaria escogida o sus múltiplos".

"Artículo 133.-Las sociedades de usuarios se constituirán en escritura pública que contendrán los siguientes datos:

- a) Nombre y apellidos, generales y cédula de identidad de los constituyentes, o el nombre de las personas jurídicas que intervengan;
- b) Nombre, domicilio, objeto y duración de la misma, la cual podrá

ser indefinida; el capital y la forma en que quedan suscritas y pagadas las acciones y su parte y forma de pago del saldo insoluto;

- c) Requisitos para la admisión de nuevos socios y causas de separación o exclusión y modo de transmitir las acciones;
- d) Número de integrantes de la Junta Directiva y de vigilancia;
- e) Recursos con que cuenta la sociedad;
- f) Forma y término de solución o liquidación;
- g) Otras convenciones que interesen a los socios;
- h) Integración de la primera Junta Directiva y de Vigilancia; e
- i) Lugar y fecha de constitución".

"Artículo 134.-El funcionamiento de las sociedades de usuarios estará de acuerdo con lo que determinan esta ley y sus reglamentos y las disposiciones relativas a las cooperativas en lo no se preceptúe, con sujeción a las siguientes bases:

a) La autoridad suprema será la Asamblea General de Socios, correspondiendo en ellas un voto a cada socio;

b) La administración y dirección estará a cargo de una Junta Directiva compuesta de tres miembros como mínimo, designados en Asamblea General por mayoría relativa de votos, por un período hasta de cinco años, pudiendo ser reelectos. Habrá también una Junta de Vigilancia compuesta por lo menos de dos miembros electos en la misma forma y por período igual. Cuando el número de socios lo permita, habrá los suplentes que se acuerde para sustituir las ausencias de los miembros de ambas juntas.

La Junta Directiva sólo podrá comprometer el crédito de la sociedad y ejecutar obras con la autorización de la Asamblea General;

c) El Presidente de la Junta Directiva tendrá la representación legal de la sociedad, con atribuciones de apoderado general conforme al artículo 1255 del Código Civil y será el ejecutor de los acuerdos de la Asamblea General y de la Junta Directiva;

d) La Asamblea General deberá reunirse por lo menos una vez al

año, dentro de los tres meses siguientes a la terminación del período anual y extraordinariamente cada vez que la convoque la Junta Directiva. El quórum de unas y otras los formará la mitad más uno de sus socios. En caso de ser cinco miembros, el quórum lo formarán tres. Los acuerdos de la Asamblea General y de la Junta Directiva se tomarán por mayoría relativa de votos. La convocatoria a Asamblea General se hará por carta con tres días por lo menos de anticipación.

Las actas de Asambleas serán firmadas por los asociados concurrentes a éstas;

e) La Junta Directiva deberá reunirse por lo menos cada mes y además cuando las actividades de la sociedad lo demanden. El quórum lo formarán la mitad más uno de sus miembros, y en caso de ser tres lo formarán dos, y en caso de ser cinco lo formarán tres. En la primera reunión se determinará lo relativo a las mismas, fijando el lugar de reunión;

f) Tanto las asambleas generales como las reuniones de Junta Directiva serán presididas por el Presidente de ésta, y en su ausencia, por el miembro que se designe por los presentes;

g) La Junta de vigilancia deberá reunirse por lo menos una vez al año, para informar a la Asamblea General. Cuando crea conveniente algún informe especial, procederá a convocar a la Asamblea General por medio de la Junta Directiva, y en caso de negativa de ésta, podrá hacerlo por sí misma;

h) El Servicio Nacional de Electricidad podrá intervenir a solicitud de parte, para la solución de dificultades o conflictos de intereses de los socios entre sí o de éstos con la sociedad, y podrá ejercer funciones de arbitrador. Podrá intervenir de oficio cuando considere que la sociedad no cumple sus propósitos de acuerdo con las leyes y los términos de la concesión, sin perjuicio de ejercer las acciones legales del caso. Sus decisiones en este caso tienen los límites de su competencia;

i) La Junta Directiva podrá hacer los reglamentos necesarios para la buena marcha de la sociedad los que, una vez aprobados por la Asamblea General y el Servicio Nacional de Electricidad, tendrán fuerza de ley para los socios;

j) Si por cualquier causa no se eligieren oportunamente los miembros de la Junta Directiva, continuarán en funciones los anteriores hasta que sean legalmente reemplazados, debiendo citarse a la mayor brevedad posible a una Asamblea General Extraordinaria para proceder a la designación correspondiente. Para terceros y para el Servicio Nacional de Electricidad, se entiende que continúan en funciones los miembros de la Junta Directiva inscritos si al vencer su período no se ha comunicado cambio alguno;

k) Los acuerdos de la Junta Directiva de la sociedad de usuarios sobre gastos y fijación de cuotas para la construcción de obras o de mantenimiento, serán de obligado acatamiento por todos los socios;

l) Todos los gastos de construcción, explotación, limpia, conservación, mejoramiento y demás obras que se hagan en beneficio de los asociados, serán por cuenta de éstos, a prorrata sobre sus derechos al agua. Los gastos que fueren en provecho de determinados socios será por cuenta exclusiva de éstos, también a prorrata de sus derechos al agua; ll) Los socios morosos en el pago de sus cuotas o contribuciones, serán privados del agua durante la mora, sin perjuicio del cobro por la vía respectiva.

Responderán además de los gastos que demanden los servicios de la autoridad que fuere necesario encargar para aplicar y vigilar la privación del agua;

m) Los nuevos usuarios que no hubieren contribuido al pago de las obras de beneficio colectivo construidas por una sociedad de usuarios, pagarán al ingresar, en beneficio de ésta, una suma fijada por la Junta Directiva en términos razonables;

n) Si algún socio por sí o por interpósita persona alterare en dispositivo de distribución, éste será restituido a costa del socio, quien sufrirá además la privación del agua hasta que pague ese gasto y cualquier otra sanción prevista en los estatutos.

Las mismas reglas se aplicarán a los socios que hicieron obras para aumentar su dotación de agua. Se presume autor de estos hechos al beneficiado con ellos;

ñ) Los socios están obligados a aportar las sumas necesarias para

realizar las obras correspondientes para el aprovechamiento concedido, en el monto que fije la Asamblea General, así como contribuir con sumas periódicas para el mantenimiento de las mismas y otros gastos de administración. La falta comprobada de esta obligación podrá dar lugar a la expulsión del socio y a la pérdida de los beneficios del aprovechamiento".

"Artículo 135.-La aceptación de la calidad de socio lleva implícita la obligación de otorgar cualesquiera de las servidumbres legales a que se refiere la Sección Segunda del Capítulo Quinto de esta ley, sobre los predios de su propiedad, las cuales no podrán ser revocadas aunque el socio deje de serlo. La certificación del Registro donde conste la calidad de socio o cualquier otro documento social auténtico con la misma constancia, será título ejecutivo para que, en defecto del socio, otorgue la servidumbre el Juez Civil correspondiente".

Artículo 2º.- Para facilitar las atribuciones de dominio, gobierno y vigilancia de las aguas del dominio público que corresponden al Servicio Nacional de Electricidad, éste llevará un registro para la inscripción de las personas o empresas que tengan como actividad la perforación de pozos y no dará licencia para perforar a quienes no estén inscritos en el mencionado registro. Tal licencia le podrá ser cancelada a quien no cumpla las disposiciones reglamentarias del caso.

Artículo 3º.- Esta ley rige a partir de su publicación.

Transitorio: Las sociedades de usuarios inscritas en el Registro Público, podrán ser inscritas en el Servicio Nacional de Electricidad mediante la certificación del respectivo asiento o asientos. Una vez inscritas, el Servicio lo comunicará al Registro Público para que se cancelen dichos asientos en éste.

Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]³

TRANSITORIO V.-

Se traslada el Departamento de Aguas del Servicio Nacional de Electricidad, incluyendo su personal, activos y funciones, al Ministerio del Ambiente y Energía. Este traslado se hará efectivo dentro del plazo máximo de un año después de entrar en vigencia esta ley, con el propósito de facilitar los ajustes presupuestarios y de otra naturaleza que sean pertinentes.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo anterior, en cualquiera de los artículos de la Ley No. 276, del 27 de agosto de 1942 y sus reformas, donde se mencione el Servicio Nacional de Electricidad en relación con las aguas nacionales, deberá leerse Ministerio del Ambiente y Energía.

Asimismo, en esa ley, deberá leerse siempre Ministerio del Ambiente y Energía cuando se menciona el Servicio Nacional de Electricidad.

3 JURISPRUDENCIA

a) Protecciones otorgadas por la ley de Aguas en casos como los manglares

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁴

C-060-2008

04 de marzo de 2008

Víctor Manuel Fernández Mora

Auditor Interno

Concejo Municipal de Distrito de Colorado

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos a su oficio del 8 de noviembre de 2007, recibido el 6 de febrero del año en curso, mediante el cual consulta sobre la facultad del Concejo Municipal de Distrito de Colorado para dar permisos de construcción o de desarrollo de proyectos diversos a los que contempla el Decreto N° 12484 del 14 de abril de 1981 (La Gaceta N° 79 del 27 de abril de 1981) en la zona marítimo terrestre de Cerro Gordo, San Buenaventura, en Colorado de Abangares.

Al respecto, y sin resolver situaciones concretas que competen a la Administración activa, con fundamento en lo dispuesto en nuestra Ley Orgánica, artículo 3 inciso i) se evacua la consulta en los siguientes términos.

El Decreto N° 12484 declaró reserva de utilidad pública la zona costera en mención para construir un puerto destinado a la exportación de cemento (artículo 1). En su numeral 2, establece el deber de ese Concejo de abstenerse de otorgar concesiones y permisos de construcción dentro de esa área.

De acuerdo con la descripción contenida en la hoja cartográfica Abangares, escala 1:50000, 3ª Edición, del Instituto Geográfico Nacional, el área a que refiere el Decreto 12484, comprende en sus sectores extremos este y oeste importantes áreas de manglar, así como del estero Boca Sucia, como lo reconoce el artículo 1º, párrafo 2º del citado Decreto.

Ante ello, recuérdese que los manglares son ecosistemas costeros exclusivos de las áreas tropicales y subtropicales, con una temperatura del agua superior a los 20 °C. Las diversas especies han desarrollado estrategias anatómicas y fisiológicas, que les permiten sobrevivir en condiciones fluctuantes de salinidad y suelos casi anaeróbicos. Así por ejemplo, poseen glándulas secretoras de sal en la superficie de las hojas o mecanismos de filtración que impiden la entrada de grandes cantidades de sal a través de sus raíces. Su forma de pirámide les da mayor capacidad en suelos inestables y les permite un mayor intercambio de gases a través de poros que absorben el oxígeno del aire durante la marea baja. Algunas especies poseen estrategias reproductivas como la viviparidad, que permite que la semilla germine y crezca en la planta madre antes de desprenderse, o de criptoviviparidad, donde la semilla que está dentro de una cápsula germina cuando encuentra

las condiciones adecuadas.

Constituyen la base de una cadena alimentaria, pues al caer al agua sus hojas y ramas, éstas se descomponen por la acción de la temperatura, las bacterias y los hongos. Como resultado de ese proceso, se liberan sustancias nutritivas que proveen alimento a una gran variedad de animales, como peces, cangrejos, camarones y moluscos, y éstos forman también parte del alimento de otros organismos. Los manglares a su vez son refugio para las larvas y juveniles de muchas especies de peces y crustáceos; así como para aves migratorias o permanentes que encuentran en ellos un lugar ideal para anidar o vivir. Actúan como barrera estabilizadora que impide la erosión de la costa y juegan un papel importante en el funcionamiento de otros ecosistemas adyacentes, como pastos marinos y arrecifes de coral (SILVA, Margarita, Manglares, Centro de Investigaciones en Ciencias del Mar, Escuela de Biología, Universidad de Costa Rica, en Historia Natural de Golfito, Editado por Jorge Lobo Segura y Federico Bolaños Vives, Santo Domingo de Heredia, Instituto Nacional de Biodiversidad, 2005, pp. 55-56).

La Unión Mundial para la Naturaleza elenca los servicios que brindan los humedales costeros así: control de inundaciones, bloqueo de aguas saladas, vías de comunicación, mantenimiento de la biodiversidad, conservación de especies silvestres, investigación y educación, retención de sedimentos, retención de nutrimentos, remoción de tóxicos, mantenimiento de microclimas y previenen el desarrollo de suelos ácidos azulfatados (Humedales de Mesoamérica. Sitio Ramsar de Centroamérica en México, área de humedales y zonas costeras de la UICN, directores Enrique Laman y Rocío Córdoba, 1999, p.12).

Sin embargo, el exceso en la población humana y la intensidad de uso de los recursos entre ellos el crecimiento urbano en los límites del manglar amenazan con su rápido deterioro y áreas grandes han desaparecido ("Inventario de los Humedales en Costa Rica", MINAE/SINAC - UICN/HORMA, primera edición, San José, Costa Rica, 1998, p.174 a 175 y "Manual para la identificación y clasificación de humedales en Costa Rica" MINAE/SINAC - UICN/HORMA, primera edición, San José, Costa Rica, 1997, p. 11, citados en el pronunciamiento OJ-019-2006 de 20 de febrero de 2006).

El dominio público de las áreas de manglar lo consagró la Ley de

Aguas, N° 276 de 27 de agosto de 1942, artículos 1, inciso 2); 3, inciso 3) y 69. Y, con base en esas disposiciones, Sala de Casación en sentencia 121 de 16:00 hrs. de 14 de noviembre de 1978, sentó el criterio de que los esteros y manglares salados donde crecen éstos, forman una sola unidad inmobiliaria, sin tener relevancia los vocablos bajo los que se denomine la porción de agua salada que se conecta con el mar ("Quebrada", "Estero", en sentido amplio, etc.). También, la Ley 6043, artículo 11, catalogó a los manglares y esteros de los litorales continentales e insulares y esteros del territorio nacional como zona pública "sea cual fuere su extensión".

Sobre el régimen jurídico de los humedales costeros en el pronunciamiento N° OJ-122-2000 del 6 de noviembre del 2000, señalamos:

"Las áreas de mangle son inalienables, imprescriptibles e insusceptibles de ocupación privada. Constituyen un componente de los ecosistemas de humedales estuarinos, de los que dependen gran cantidad de especies de fauna terrestre y marina; y donde crece un reducido número de especies vegetales de gran fragilidad (Decreto 22550).

Inicialmente con la categoría de reservas forestales y hoy de humedales, los manglares son en la actualidad áreas protegidas, de dominio público, integran el Patrimonio Natural del Estado desde esa calificación y están bajo administración del Ministerio del Ambiente y Energía, a través del Sistema Nacional de Areas Protegidas y sus respectivas Areas de Conservación regionales, regulados en diversas normas (arts.11 y 61 de la Ley 6043; 4 de su Reglamento; Ley Orgánica del Ambiente, N° 7554 de 4 de octubre de 1995, arts. 31, apartes 1°, inc. h), y 2°; 32 inciso f); 39 sigts.; Convenio de Humedales, aprobado por Ley 72224 de 2 de abril de 1991; Ley Forestal, arts. 1°, 13, 15 y 58 incs. a y b; Decreto 7210-A de del 19 de julio de 1977, sus reformas hasta el 23247-MIRENEM de 20 de abril de 1994, que lo derogó y 23247 de 20 de abril de 1994; Ley de Biodiversidad, arts. 22 y 58 sigts.; Ley de Conservación de la Vida Silvestre, arts. 2, 7 inc. h, 103, 132, Transitorio III; 2° de su Reglamento).

A más de las devastaciones que sobrevienen a los desarrollos, un

método empleado con frecuencia para desecar manglares es el drenaje o construcción de canales. Por ello, la Ley Orgánica del Ambiente, artículo 45, dispensa una amplia tutela y "prohíbe las actividades orientadas a interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de humedal, como la construcción de diques que eviten el flujo de aguas marinas o continentales, drenajes, desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque el deterioro y la eliminación de tales ecosistemas".

Y según el Decreto N° 23247 las áreas que han estado provistas de manglar aun taladas continúan siendo de dominio público.

Atinente a lo anterior y a la importancia de los manglares, su régimen de bienes de dominio público e imposibilidad jurídica de inscribirlos a nombre de particulares puede consultarse el dictamen C-102-96."

(La negrita no es del original).

Esa tutela y administración a cargo del Ministerio del Ambiente y Energía exige la protección del recurso natural, liberándolo de presiones ilegítimas sobre su tenencia y la reducción de los riesgos de deterioro o destrucción (C-102-1996 y OJ-042-1998), su naturaleza no permite un uso público ni un libre tránsito (OJ-042-1998, OJ-253-2003, C-264-2004 y C-093-2007).

Ahora bien, sin perjuicio de eventuales reparos sobre la vigencia y validez del Decreto 12484, cabe advertir que no podrían incluirse en un plan regulador las áreas de manglar y demás porciones que integran el Patrimonio Natural del Estado (bosques y terrenos forestales, entre otros), a efecto de otorgar concesiones por parte del gobierno local que está excluido de su administración y usufructo. Ese Patrimonio se rige entonces por su legislación específica, bajo recaudo administrativo del MINAE.
([1])

Sobre la temática, la Sala Constitucional en sentencia N° 2408 de 16:13 hrs. del 21 de febrero de 2007, apuntó:

"... los manglares, (artículo 11 de la citada Ley), cuya incorporación al demanio público data de mil novecientos cuarenta

de la República, N° 7428 de 7 de setiembre de 1994, artículo 73.

b) Disposiciones de la Ley de Aguas en relación con la zona marítimo terrestre

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁵

OJ-019-2006

20 de febrero de 2006

Lic. Gerardo González Esquivel

Presidente

Directorio Legislativo

Asamblea Legislativa

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Procuradora General de la República, nos referimos al proyecto de Ley para "DECLARAR ZONA URBANA A PLAYAS DEL COCO, DISTRITO TERCERO, SARDINAL, CANTÓN QUINTO DE CARRILLO, PROVINCIA DE GUANACASTE", Expediente N° 15.491, publicado en La Gaceta N° 252 de 31 de diciembre de 2003, dictaminado afirmativamente por la Comisión Permanente de Gobierno y Administración el 25 de octubre de 2005.

I.- ALCANCE DE ESTE PRONUNCIAMIENTO

Como es sabido la asesoría jurídica que brindamos al Poder Legislativo en el ejercicio de sus atribuciones parlamentarias lo es con carácter de opinión jurídica no vinculante, por cuanto sus competencias son insustituibles por esta Institución vía dictamen.

Tampoco es procedente asumir la conformidad de este Despacho con el proyecto consultado ante una eventual falta de respuesta. Ese efecto no lo atribuye la legislación en el caso, ya que la Procuraduría no se encuentra comprendida dentro de los órganos y entidades previstas por el artículo 157 del Reglamento de la Asamblea Legislativa.

Dentro de esta óptica, hacemos los siguientes comentarios.

II.-MODIFICACIÓN PROPUESTA

La iniciativa pretende exceptuar la aplicación de la Ley 6043 a los terrenos de la zona restringida de Playas El Coco.

III.-JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO

En la exposición de motivos se afirma que los primeros pobladores llegaron alrededor de 1896 a lo que más tarde se llamó Playas El Coco, y con posterioridad la legislación impuso prohibiciones para adquirir títulos de propiedad.

Sin embargo, ya con antelación se había promulgado normativa que afectó a usos de utilidad general y dominio público los terrenos pertenecientes a la milla marítima terrestre.

Así, en 1828 la Ley N° 162 del 20 de junio reservó una milla de latitud sobre las costas del mar a favor de la marina, pesquería y salinas .

El 30 de julio de 1841, el Código General del Estado, estableció en su numeral 296: "...el flujo y reflujo del mar, sus riveras, los puertos, las ensenadas, radas y generalmente las porciones del territorio del Estado, que no son susceptibles de una propiedad privada, se considerarán como pertenecientes al dominio público."

La Ley N° 7 del 31 de agosto de 1868, artículo 1°, prohibió denunciar tierras baldías comprendidas en una zona de dos mil varas de latitud, á lo largo de las costas de ambos mares.

En similar sentido a sus antecesoras, la Ley de Aguas N° 11 del 26 de mayo de 1884, artículo 20, dispuso: "Es de dominio público la zona marítimo-terrestre o espacio de las costas de la República que baña el mar en su flujo y reflujo y los terrenos inmediatos hasta la distancia de una milla."

También para justificar el proyecto se sostiene que los nacionales de escasos recursos no pueden competir con los megaproyectos turísticos provenientes de la inversión extranjera. A pesar de ello, estimamos que "no es procedente desafectar bienes de dominio público, para atender necesidades específicas" (OJ-033-1997 del 21 de julio de 1997, OJ-058-1997 del 4 de noviembre de 1997 y OJ-178-2004 de 23 de diciembre de 2004).

Además, cabe preguntarse ¿si efectivamente los habitantes de Playas del Coco tendrán la capacidad técnica y económica para ser partícipes de manera directa en actividades de tipo comercial, incluyéndose la turística, o si por el contrario, operará igual principio que el señalado, en cuanto a que no podrán competir, quedando obligados a vender los terrenos, perder propiedades en embargos y remates, incrementándose el problema y agravándose sobre todo la situación particular y social?

En un asunto similar, en la opinión jurídica OJ-004-2005 señalamos:

" VI.1.4) RAZONES SOCIO-CULTURALES Y ECONÓMICAS COMO JUSTIFICANTES PARA PRIVATIZAR EL DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE

Por último, se invocan en el Proyecto "razones culturales, sociales, económicas y políticas" para su aprobación.

La Sala Constitucional, en la resolución N° 02988-99, que declaró inconstitucional y anuló el artículo 8 de la Ley N° 7599, al analizar la desprotección de los bienes ambientales de dominio público, se opuso a que por solucionar un problema social "a unas cuantas personas, se pusiera en peligro nuestras áreas de

conservación, con riesgo inminente de perjudicarlas, violentándose el principio precautorio de la Declaración de Río y el principio in dubio pro natura, pues en la protección de nuestros recursos naturales la precaución y la prevención contra la degradación y el deterioro deben ser principios dominantes". (Dictamen C-321-2003).

En las Opiniones Jurídicas O. J.-033-97 y O. J.-058-97 la Procuraduría emitió un criterio desfavorable a la desafectación de los bienes medioambientales del dominio público nacional, para favorecer a determinados grupos sociales, en perjuicio del interés público colectivo.

La Opinión Jurídica O. J.-033-97 se adhirió a las razones que llevaron al Poder Ejecutivo a vetar, el 6 de mayo de 1994, los artículos 158 y 160 de la Ley 7400, que autorizaban el otorgamiento de títulos de propiedad a quienes 'tuvieran posesión decenal' en terrenos situados dentro de la zona marítimo terrestre de ciertos sectores costeros de la provincia de Puntarenas.

En ese veto, con acierto, el Poder Ejecutivo expresó que la existencia de pueblos o caseríos de escasos recursos ubicados en el demanio marítimo terrestre, si bien configura un problema social, no es justificación suficiente para privar, en beneficio de unos pocos, al resto de nacionales del derecho a disfrutar de esos bienes.

Agregaba el veto que el surgimiento al mundo jurídico de disposiciones de este tipo, constituían no solo un nefasto precedente, por su lesión al patrimonio público estatal, sino también un auténtico portillo para que otras poblaciones en similares condiciones acudan al camino de analogía y reclamen para sí idénticos beneficios, con la consecuente mengua progresiva de nuestros litorales. Por otra parte, los fines sociales que presuntamente se lograrían pueden esfumarse con el tiempo a través de trasposos de los inmuebles, incluso a favor de personas extranjeras.

"Los poderes públicos, anotamos en la O. J.-058-97, y en este caso el legislador, tienen el deber de preservar y hacer posible el derecho a un medio ambiente adecuado que garantiza el artículo 50 de la Constitución. Un componente nuclear del medio ambiente es la protección de la naturaleza, de la que forman parte los bienes

del dominio público marítimo terrestre, ya se consideren como bienes en sí o en la composición factorial analítica de elementos (suelo, subsuelo, mar, flora, fauna etc.). Disponer el paso de estos a manos particulares va en demérito de su acervo natural, del que el Estado es titular, y de las importantes funciones sociales que cumplen (ver dictámenes C-004-98 y C-264-2004, entre otros), con supresión de la utilización colectiva por las generaciones actuales y venideras. En una palabra, daña el bien común. De ahí que al no mediar un interés público superior que respalde la salida de esos bienes del patrimonio de la Nación y tener plena vigencia las razones que justificaron el acto afectatario, la desafectación es del todo inconveniente.

El dominio público se justifica en la satisfacción del interés público. Conlleva un singular régimen exorbitante para proteger mejor su integridad física y jurídica. La desafectación, cuando cabe, debe fundarse en el hecho de haber cesado el interés público que originó la afectación”.

(Sobre el deber de los poderes públicos de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales en orden al derecho a un medio ambiente sano, cfr. de la SALA CONSTITUCIONAL los votos 06322-2003 y 2004-04628 y los antecedentes que éste cita, entre otros).

“El proyecto de Ley que se examina -adicionó la Opinión Jurídica O. J.-058-97- contradice también los objetivos de los instrumentos internacionales suscritos por el país en materia de medio ambiente, donde se comprometió a la protección y conservación eficaces de nuestro patrimonio natural y cultural, de las zonas adyacentes a las áreas protegidas, a velar por el uso racional y sostenible de sus recursos naturales para asegurar una mejor calidad de vida de toda la población, etc. (Ver, entre otros, la Convención para la Protección del Patrimonio Cultural y Natural, Ley N° 5980 de 16 de noviembre de 1976, art. 5 ; Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, Ley N° 7226 de 2 de abril de 1991, art. I ; Convenio sobre Diversidad Biológica (art.8 incs. d y e) y sus Anexos, Ley N° 7416 de 30 de junio de 1994; Convención de Ramsar , Ley 7224 de 9 de abril de 1991, etc.)

Asimismo, es contrario a la tendencia de países más avanzados, que concientes de la fragilidad de los recursos marítimos-terrestres,

escasez, demanda e importantes funciones que satisfacen, han erigido en elementos nucleares de sus sistemas jurídicos la titularidad y uso público de los bienes, la preservación de sus características naturales y una conveniente administración que concilie las necesidades a corto y largo plazo, en provecho de todos. Estos últimos objetivos inspiran la Carta Europea de Litoral suscrita en Khania (Creta), el 8 de octubre de 1981, por la Conferencia Plenaria de las Regiones Periféricas Marítimas de la entonces Comunidad Económica Europea.

Acorde con ello en las legislaciones de diversos países europeos se potencia la técnica demanial del dominio marítimo-terrestre, ligada a una concepción conservacionista". (...)

Son aplicables al caso las palabras que consigna la Exposición de Motivos de la Ley española de Costas, N° 22/1988:

El demanio marítimo terrestre es "patrimonio colectivo especialmente valioso", "espacio natural de libertad que ha de ser preservado para el uso y disfrute de todos los ciudadanos". "Es responsabilidad ineludible del legislador de esta hora proteger la integridad de estos bienes, conservarlos como propiedad de todos y legarlos en esta condición a las generaciones futuras". (Opinión Jurídica O. J.-

058-97).

(Sobre la consideración de la zona marítimo terrestre como bien medioambiental, cfr. además los dictámenes C-004-98 y C-002-98)."

IV.-RESTRICCIONES PARA EL ACCESO PÚBLICO A LA PLAYA Y AFECTACION DEL PAISAJE

La Ley 6043 (artículos 20), y su Reglamento (artículo 21), determinan el acceso a la zona pública, para asegurar a la colectividad una zona de libre tránsito que facilite el uso y disfrute públicos de las playas, mar litoral, riscos, esteros y resguarde la seguridad de las personas, la práctica de deportes y de actividades para el sano esparcimiento físico y cultural. (Dictámenes C-228-98 y C-026-2001).

Para combatir la privatización del litoral, los esquemas legales

deben posibilitar el libre acceso a la costa, en condiciones paritarias, como manifestación de la libertad individual, del principio de igualdad y del derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado". (Dictámenes C-026-2000 y C-077-2001). El acceso es funcional y se ejercita, por regla, a través de la vía pública (comunidad de medios) cuya previsión deben contemplar los planes reguladores. El libre y seguro tránsito que se garantiza en la zona pública es esencialmente para el disfrute colectivo, protección y vigilancia del demanio marítimo (mar, playas, etc.); no en función de fondos e intereses privados (Dictamen C-228-98).

El uso público y común de la zona pública debe ser normal y razonable. Su destino a libre tránsito peatonal y uso común en la práctica de deportes y actividades de sano esparcimiento no se concilia con una declaratoria de "zona urbana" a Playas de El Coco, pues la privatización de la zona restringida menoscaba en forma gravemente riesgosa la posibilidad de acceder a la zona pública a través de accesos idóneos previstos en los instrumentos de planificación costera, y afecta la preservación del estado natural de sus recursos, entre ellos el paisaje, bien jurídico de reconocida tutela (artículos 50 y 89 constitucionales; Sala Constitucional, votos 3705-93, 6240-93, 2001-3967, 2003-6324, adicionado por el N° 2004-4949; opinión jurídica N° OJ-042-2005 de 31 de marzo de 2005), ante la desmedida proliferación de construcciones de alto impacto que ya aqueja a otras ciudades litorales como Jacó y Puntarenas.

V.-BOSQUES DE MANGLAR, NATURALEZA, SERVICIOS AMBIENTALES,

AFECTACIONES PERJUDICIALES

En Playas El Coco hay dos manglares 3 has. 9350 m² y 2 has. 230 m². El primero, alcanza una distancia de 329 m. sobre el continente desde la pleamar, mientras que el segundo, 185 m.. Ambos se ubican entre las coordenadas horizontales 281 - 282 y las verticales 349.5 - 351 de la hoja cartográfica Carrillo Norte. (Instituto Geográfico Nacional, Oficio N° 06119 de 17 de febrero de 2006, cuya copia se adjunta), y por ende quedan comprendidos dentro de la extensa porción de terreno que el proyecto declara zona urbana.

Sobre estos bienes demaniales, en la opinión jurídica N° 122-2000 del 6 de noviembre del 2000, señalamos:

"Las áreas de mangle son inalienables, imprescriptibles e insusceptibles de ocupación privada. Constituyen un componente de los ecosistemas de humedales estuarinos, de los que dependen gran cantidad de especies de fauna terrestre y marina; y donde crece un reducido número de especies vegetales de gran fragilidad (Decreto 22550).

Inicialmente con la categoría de reservas forestales y hoy de humedales, los manglares son en la actualidad áreas protegidas, de dominio público, integran el Patrimonio Natural del Estado desde esa calificación y están bajo administración del Ministerio del Ambiente y Energía, a través del Sistema Nacional de Areas Protegidas y sus respectivas Areas de Conservación regionales, regulados en diversas normas (arts.11 y 61 de la Ley 6043; 4 de su Reglamento; Ley Orgánica del Ambiente, N° 7554 de 4 de octubre de 1995, arts. 31, apartes 1°, inc. h), y 2°; 32 inciso f); 39 sigts.; Convenio de Humedales, aprobado por Ley 72224 de 2 de abril de 1991; Ley Forestal, arts. 1°, 13, 15 y 58 incs. a y b; Decreto 7210-A de del 19 de julio de 1977, sus reformas hasta el 23247-MIRENEM de 20 de abril de 1994, que lo derogó y 23247 de 20 de abril de 1994; Ley de Biodiversidad, arts. 22 y 58 sigts.; Ley de Conservación de la Vida Silvestre, arts. 2, 7 inc. h, 103, 132, Transitorio III; 2° de su Reglamento).

A más de las devastaciones que sobrevienen a los desarrollos, un método empleado con frecuencia para desecar manglares es el drenaje o construcción de canales. Por ello, la Ley Orgánica del Ambiente, artículo 45, dispensa una amplia tutela y "prohíbe las actividades orientadas a interrumpir los ciclos naturales de los ecosistemas de humedal, como la construcción de diques que eviten el flujo de aguas marinas o continentales, drenajes, desecamiento, relleno o cualquier otra alteración que provoque el deterioro y la eliminación de tales ecosistemas".

Y según el Decreto N° 23247 las áreas que han estado provistas de manglar aun taladas continúan siendo de dominio público.

Atinente a lo anterior y a la importancia de los manglares, su régimen de bienes de dominio público e imposibilidad jurídica de inscribirlos a nombre de particulares puede consultarse el

dictamen C-102-96."

Con anterioridad, el dominio público de las áreas de manglar lo consagra la Ley de Aguas, N° 276 de 27 de agosto de 1942, artículos 1, inciso 2); 3, inciso 3) y 69. Y, con base en esas disposiciones, Sala de Casación en sentencia 121 de 16 horas de 14 de noviembre de 1978, sentó el criterio de que los esteros y manglares salados donde crecen éstos, forman una sola unidad inmobiliaria, sin tener relevancia los vocablos bajo los que se denomine la porción de agua salada que se conecta con el mar ("Quebrada", "Estero", en sentido amplio, etc.).

Valga tomar en cuenta que los manglares son ecosistemas costeros exclusivos de las áreas tropicales y subtropicales, con una temperatura del agua superior a los 20°C, las diversas especies han desarrollado estrategias anatómicas y fisiológicas, que les permiten sobrevivir en condiciones fluctuantes de salinidad y suelos casi anaeróbicos. Así por ejemplo, poseen glándulas secretoras de sal en la superficie de las hojas o mecanismos de filtración que impiden la entrada de grandes cantidades de sal a través de sus raíces. Su forma de pirámide les da mayor capacidad en suelos inestables y les permite un mayor intercambio de gases a través de poros que absorben el oxígeno del aire durante la marea baja. Algunas especies poseen estrategias reproductivas como la viviparidad, que permite que la semilla germine y crezca en la planta madre antes de desprenderse, o de criptoviviparidad, donde la semilla que está dentro de una cápsula germina cuando encuentra las condiciones adecuadas.

Constituyen la base de una cadena alimentaria, pues al caer al agua sus hojas y ramas, éstas se descomponen por la acción de la temperatura, las bacterias y los hongos. Como resultado de ese proceso, se liberan sustancias nutritivas que proveen alimento a una gran variedad de animales, como peces, cangrejos, camarones y moluscos, y éstos forman también parte del alimento de otros organismos. Los manglares a su vez son refugio para las larvas y juveniles de muchas especies de peces y crustáceos; así como para aves migratorias o permanentes que encuentran en ellos un lugar ideal para anidar o vivir. Actúan como barrera estabilizadora que impide la erosión de la costa y juegan un papel importante en el funcionamiento de otros ecosistemas adyacentes, como pastos marinos y arrecifes de coral (SILVA, Margarita, Manglares, Centro de Investigaciones en Ciencias del Mar, Escuela de Biología, Universidad de Costa Rica, en Historia Natural de Golfito, Editado

por Jorge Lobo Segura y Federico Bolaños Vives, Santo Domingo de Heredia, Instituto Nacional de Biodiversidad, 2005, pp. 55-56).

La Unión Mundial para la Naturaleza elenca los servicios que brindan los humedales costeros así: control de inundaciones, bloqueo de aguas saladas, vías de comunicación, mantenimiento de la biodiversidad, conservación de especies silvestres, investigación y educación, retención de sedimentos, retención de nutrimentos, remoción de tóxicos, mantenimiento de microclimas y previenen el desarrollo de suelos ácidos azulfatados (Humedales de Mesoamérica. Sitio Ramsar de Centroamérica en México, área de humedales y zonas costeras de la UICN, directores Enrique Laman y Rocío Córdoba, 1999, p.12).

Sin embargo, el exceso en la población humana y la intensidad de uso de los recursos entre ellos el crecimiento urbano en los límites del manglar amenazan con su rápido deterioro y áreas grandes han desaparecido. ("Inventario de los Humedales en Costa Rica", MINAE/SINAC - UICN/HORMA, primera edición, San José, Costa Rica, 1998, p.174 a 175 y "Manual para la identificación y clasificación de humedales en Costa Rica" MINAE/SINAC - UICN/HORMA, primera edición, San José, Costa Rica, 1997, p. 11).

En una oportunidad anterior, donde también se pretendió privatizar áreas insulares en perjuicio de bosques de mangle, en la opinión jurídica N° OJ-058-1997, indicamos:

"La Isla de Chira contiene importantes y densas áreas de manglar y un estero (Nancite), que sea cual fuere su extensión constituyen zona pública (artículo 11 de la Ley 6043). Según estudio de los investigadores de la Universidad de Costa Rica Geovanny Cordero y Sergio Feoli, el manglar de la Isla Chira conforma el humedal más grande del área continental, 9.95 kilómetros cuadrados, y representan un porcentaje de 25.19 de la superficie de la isla. Con lo cual, alcanza una franja superior a los cincuenta metros; extremo que no toma en cuenta la norma propuesta...Disponer el paso de éstas a manos particulares va en demérito de su acervo natural, del que el Estado es titular, y de las importantes funciones sociales que cumplen, con supresión de la utilización colectiva por las generaciones actuales y venideras. En una palabra, daña el bien común. De ahí que al no mediar un interés público superior que respalde la salida de esos bienes del patrimonio de la Nación y tener plena vigencia las razones que justificaron el acto

afectatario, la desafectación es del todo inconveniente. "

Al declararse zona urbana la faja de terreno con un ancho de 400 m. a partir del nivel máximo de la pleamar, es claro que el proyecto desmejora la protección de los únicos humedales costeros con que cuenta Playas El Coco, así como sus valiosos servicios ambientales ya reseñados.

VI.-RAZONES DE ORDEN POLITICO-ADMINISTRATIVO

Si la ciudad es el eje del cantón donde se concentra el gobierno local. Y por ende constituye un centro administrativo unitario, cuya unidad es el propio municipio; y en nuestro país hay una ciudad por cantón y Municipio, entonces no se entiende cómo se le atribuye a un sitio (Playas El Coco) del distrito Sardinal, del cantón de Carrillo, los efectos de excepción previstos en el artículo 6 de la Ley 6043.

Esa falta de orden político administrativo no se subsana haciendo una declaratoria de zona urbana a espaldas del procedimiento contemplado en nuestra Constitución (artículos 168 y 169). En ese sentido, en la opinión jurídica N° OJ-004-2004, apuntamos:

"IV.-CONDICIÓN DE CIUDAD

También están excluidas de la Ley 6043 las áreas de las ciudades (vid. artículo 6°).

En aplicación sistemática del Código Municipal (artículo 3° del actual, Ley 7794, y 3° del anterior, Ley 4574, vigente al promulgarse la 6043) y la normativa de división territorial administrativa de la República (Ley N° 4366 y Decretos 25677, 21860, 29267-G del 2001), ciudad es la población cabecera de cantón...

Las ciudades litorales en el país son: Puntarenas, Limón, Puerto Cortés de Osa, Jacó (Garabito), Golfito y Quepos (Aguirre). (Dictamen C-002-99 y Opinión Jurídica O. J.- 253-2003).

IV.1) CIUDAD LITORAL

Ahondando en el tema de ciudad litoral, hemos señalado:

"La Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, N° 6043, exceptúa de su aplicación las áreas de las ciudades situadas en los litorales. Las razones de su exclusión se explicaron en nuestro dictamen C-002-99.

Esto plantea el problema del concepto de ciudad a los fines de esa Ley.

"La ciudad aparece como una circunscripción territorial administrativa central, que agrupa un número considerable de habitantes, quienes desenvuelven su actividad ordinaria dentro de un sistema de vida urbano, bajo un gobierno local.

La ciudad es el eje del cantón que concentra: la sede del gobierno local, los más destacados servicios públicos, comercios, actividades financieras, industriales, desarrollo urbano, etc. Un mínimo de habitantes es necesario, pero no describe por sí sólo el concepto. Implícitamente lo reconoce la Ley de División Territorial Administrativa de la República, N° 4366 de 19 de agosto de 1969, en el artículo 15.

En suma, la ciudad configura el espacio geográfico transformado por el hombre mediante la realización de un conjunto de construcciones con carácter de continuidad y contigüedad; ocupado por una población relativamente grande, permanente y socialmente heterogénea, en la que se dan funciones de residencia, transformación e intercambio, con un grado de equipamiento de servicios que asegura las condiciones de vida humana.

En nuestro país hay una ciudad por cantón y Municipio. La ciudad constituye fundamentalmente un centro administrativo unitario, y esa unidad es el municipio. Se observa entonces la siguiente trilogía: el cantón es la base territorial de la Municipalidad,

cuyo gobierno tiene su sede en la ciudad, con lo que se da un amalgamamiento de conceptos." (Dictamen C-062-89 y Opiniones Jurídicas O. J.-122-2000, O. J.-253-2003 y O. J.-172-2004. Se incorpora el subrayado).

Para erigir un nuevo cantón el territorio debe contar con al menos el uno por ciento de la población total del país. (Ley 4366, art. 9°).

IV.3) RELACIÓN CIUDAD-ZONA URBANA

La Ley de Planificación Urbana (art. 1°) y el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones (art. I.9) definen el área urbana como el "ámbito territorial de desenvolvimiento de un centro de población". De donde se deduce que "toda ciudad es área urbana, pero a la inversa no siempre es así.

Con la errónea equiparación de los vocablos de 'ciudad' y 'áreas urbanas' bastaría la creación o desarrollo de éstas para desafectar del demanio marítimo terrestre y privatizar esos espacios, lo que no es el espíritu que inspira la Ley sobre Zona Marítimo Terrestre, orientada, al contrario, por el régimen publicista (...). A lo que se liga la dificultad a menudo existente para precisar los límites de lo urbano, dado el dinámico proceso o expansión que lo afecta, invadiendo lo rural y haciendo movediza o sutil la frontera entre ambos."

En lo atinente a las costas las únicas ciudades litorales, cabeceras de cantón, que ostentan ese rango por declaratoria legal son: "Puntarenas (Decreto Legislativo 10 de 17 de setiembre de 1858), Limón (Decreto Legislativo 59 de 1° de agosto de 1902), Puerto Cortés de Osa (Ley 2155 de 13 de setiembre de 1957), Jacó (Garabito; Ley 6512 de 25 de setiembre de 1980, art. 3), Golfito y Quepos (Aguirre); estos dos últimos por Ley 3201 de 21 de setiembre de 1963". (Dictamen C-002-99 y Opiniones Jurídicas O. J.-122-2000, O. J.-253-2003, y 172-2004).

VII.-VICIOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Además, de desproteger bienes medioambientales que requieren

conservarse para uso y disfrute actual y futuro (artículos 50 y 121, inciso 14, constitucionales), y de vulnerar nuestro orden político administrativo, la iniciativa incorpora otro probable roce de constitucionalidad, contrario a los principios de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad.

Ello pues se introduce una discriminación negativa que infringe los numerales 33 de la Constitución y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin razonable justificación al privilegiar a los presuntos pobladores y ocupantes costeros de Playas El Coco, a quienes faculta adquirir propiedad privada sobre la zona marítimo terrestre, mientras que a los demás en el resto del país sólo se les permitió continuar ocupando los inmuebles, en calidad de usuarios del dominio público, previa aprobación de solicitud formal por el municipio, con observancia de requisitos legales (Ley 6043, artículos 48, pfo. 2º, y 70; y 75 de su Reglamento.), siendo esa condición de carácter personal e intransferible (Dictámenes C-157-95 y C-155-2003; Opinión Jurídica O. J.-

253-2003, entre otros).

VIII.-CONCLUSION

Los aspectos anteriormente mencionados reafirman el criterio de la Procuraduría General de la República, en el sentido de que el Proyecto es desfavorable para los intereses públicos y por ende aconseja no aprobarlo.

Cordialmente,

Lic. Mauricio Castro Lizano
Méndez

Procurador Adjunto

Licda. Meylin Gutiérrez

Abogada de Procuraduría

c) Disposiciones relacionadas a aguas de Dominio Público

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁶

C-053-2006

14 de febrero del 2006

Máster

Heibel Rodríguez Araya

Gerente General

Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados

Estimado señor:

Con aprobación de la señora Procuradora General de la República, me refiero a su Oficio No. G-2005-0455 de 18 de marzo del 2005, en el que nos consulta sobre los alcances de los artículos 7 de la Ley General de Caminos Públicos y 72 y 73 de la Ley de Aguas; de manera específica "si debe aplicar que hasta en un 12% del área de terreno, no se debe indemnizar, conforme lo establece la Ley General de Caminos Públicos, cuando la finca madre ha sido adquirida con fundamento en la Ley de Informaciones Posesorias".

Para dar respuesta a la interrogante que se nos plantea conviene hacer un análisis histórico de la redacción del artículo 7° de la Ley General de Caminos, No. 5060 de 22 de agosto de 1972, de manera particular su evolución a lo largo de las diferentes leyes dictadas en esa materia; para luego contrastarlo con el artículo 19 vigente de la Ley de Informaciones Posesorias.

I.-EVOLUCION HISTORICA DE LA NORMA EN LAS DIFERENTES LEYES DE CAMINOS PUBLICOS

La primera referencia jurídica que conviene tener presente a los efectos de este estudio, por no encontrarse otra similar en leyes generales de caminos anteriores de ese mismo siglo (Leyes Nos. 20 de 6 de noviembre de 1944 , 59 de 3 de agosto de 1936 y 110 de 24

de agosto de 1921) es el artículo 21 de la Ley de Caminos Públicos, No. 757 de 11 de octubre de 1949, que a la letra estatuye:

“Artículo 21.-

Para la construcción de caminos, el Estado tendrá derecho, cuando le sea indispensable para el servicio público, sin indemnización alguna, hasta un doce por ciento del área de los terrenos que en adelante se inscriban en el Registro de la Propiedad, ejerciendo los interesados derechos de posesión verbi gracia mediante información posesoria, canje de terrenos baldíos, aplicaciones de gracias inclusive los denominados derechos de «Patria» y todos aquellos otros derechos o concesiones que otorgue el Estado por cualquier otra causa en baldíos nacionales. Dicha reserva en la inteligencia de que se trate de fincas cuya cabida sea superior a cinco hectáreas y que sea destinada a derechos de vía de conformidad con lo establecido por el artículo 13. También podrá aplicarse la reserva al aprovechamiento de fuerzas hidroeléctricas, telegráficas y telefónicas, para construcción de puentes y aprovechamiento de cursos de agua que fueren necesarios para el abastecimiento de poblaciones, abrevadero de ganados o irrigación. Tales restricciones y cargas irán aparejadas a la inscripción de la finca afectada, estando obligado a hacerlo constar así el funcionario o autoridad a quien corresponde otorgar la escritura inscribible; y el Registro Público se abstendrá de inscribir el título respectivo si en él no constan expresamente.”

Como puede verse en su texto, el legislador crea la posibilidad de que el Estado pueda, sin indemnización alguna, acceder a un porcentaje (doce por ciento) de terrenos inscritos en Registro Público a nombre de particulares, cuando estos provengan de derechos o concesiones otorgados por el mismo Estado en baldíos nacionales, y como ejemplo cita, los que provengan de información posesoria, canje de terrenos y aplicaciones de gracia.

Lo anterior, como una excepción al principio general de indemnización a los dueños de terrenos indispensables para la construcción de caminos públicos, normalmente por la vía de la expropiación, regulado en los artículos 19 y 20 de la misma Ley 757.

Llama la atención el hecho de que el legislador de entonces aparentemente considera el derecho de propiedad proveniente de un trámite de información posesoria como un derecho o concesión otorgado por el Estado en los baldíos nacionales, y bajo esa premisa, no encuentra extraño "afectar" la propiedad a una condición futura de que, si se estima necesaria una porción del inmueble para alguna de las obras que en el artículo 21 de cita se elencan, se pueda tomar sin tener que pagar ningún tipo de indemnización al propietario del fundo, siempre y cuando no se exceda del doce por ciento de la totalidad de la cabida.

Valga resaltar que esta excepción normativa se aplicaría sólo a fincas cuya área fuera superior a las cinco hectáreas y que fuera destinada a alguna de las finalidades previstas por esa Ley, entre las cuales se encontraba, el "aprovechamiento de cursos de agua que fueren necesarios para el abastecimiento de poblaciones", de interés para el presente pronunciamiento.

Dos años después, se emite la Ley General de Caminos Públicos, No. 1338 de 29 de agosto de 1951, la cual deroga en su artículo 46 la Ley No. 757 de 11 de octubre de 1949, y retoma nuevamente el postulado del artículo 21 de la No. 757, pero con otra redacción, ahora bajo el numeral 34:

"Artículo 34.- Para la construcción de caminos públicos y vecinales, el Estado tendrá derecho cuando lo crea indispensable para el servicio público y sin indemnización alguna, de las siguientes extensiones de terreno:

a) Los porcentajes establecidos como reservas para tales fines y en las propiedades inscritas u otorgadas hasta la presente fecha;
y

b) Hasta un doce por ciento del área de los terrenos que en adelante se otorguen por el Estado o las Municipalidades a título de concesión, canje de terrenos baldíos, aplicaciones de gracias, inclusive los denominados "Derechos de Patria", adjudicación de lotes en terrenos baldíos y todos aquellos otros derechos o concesiones que otorgue el Estado por cualquier otra causa en los baldíos nacionales. Esta reserva se aplicará en cualquier momento a derechos de vías de cualquier naturaleza no superiores a veinte metros de ancho, o al aprovechamiento de fuerzas hidroeléctricas o

para el paso de líneas telegráficas y telefónicas, para construcción de puentes o utilización de cursos de agua que fueren necesarios para el abastecimiento de poblaciones, abrevaderos de ganado o irrigación, o cualquiera otra finalidad de utilidad pública.

Tales restricciones y cargas irán aparejadas a la inscripción de la finca afectada, quedando obligado el funcionario a quien corresponde otorgar la escritura o suscribir el mandamiento inscribibles, a dejar constancia de aquéllas. El Registro Público se abstendrá de inscribir el título si en éste no constan dichas restricciones y cargas."

En esta nueva norma se elimina la distinción entre terrenos superiores o inferiores a cinco hectáreas, con lo que la cabida del inmueble deja de ser un factor discriminante al momento de aplicación del precepto. Además, se restringe el presupuesto legal en la determinación de los caminos, que en el caso anterior era "para la construcción de caminos" en general por el de "derechos de vía de cualquier naturaleza no superiores a veinte metros de ancho". Igualmente, se introduce la frase "o cualquiera otra finalidad de utilidad pública", con lo que se crea prácticamente una lista "numerus apertus" en cuanto a las eventuales actividades en las que podría utilizarse la norma de comentario.

Pero evidentemente la modificación más relevante para efectos de este dictamen entre ambos textos jurídicos es que se eliminó en el nuevo artículo la referencia a los títulos otorgados por el trámite de información posesoria como uno de los supuestos legales en los que procedería aplicar el porcentaje del doce por ciento, sin indemnización alguna, para el Estado, en caso de requerirse terrenos para una obra de utilidad pública.

Esta supresión normativa no es fortuita, sino que obedeció a un acto reflexivo por parte de los señores Diputados que integraron la Comisión encargada de la redacción del texto de ley, conforme paso a explicar.

Aunque en la revisión del expediente en la Asamblea Legislativa de la Ley No. 1338 no se logró encontrar actas de discusión de los señores congresistas, sí existía un importante trabajo del Diputado Álvaro Torres Vincenzi, en el que recopilaba para cada

artículo las razones por las cuales se redactaba de tal o cual forma. En sus propias palabras:

"Como miembro de la Comisión designada para formular un nuevo proyecto de Ley General de Caminos Públicos me permito presentar para que conste en el expediente respectivo, una explicación detallada de todas sus disposiciones.

Lo estimo necesario hacerlo así porque en el dictamen que rendimos, en beneficio de su brevedad se hizo nada más que una referencia general, sin entrar en detalles, y es lógico que conste en alguna parte la razón de cada texto del proyecto por si fuere necesario en alguna ocasión consultar los motivos que sirvieron de base para cada disposición. (...)

Además, es necesario que una ley de aplicación corriente y muy general, debe contar, a mi juicio, con una minuciosa explicación de sus dimensiones.

Espero, pues, dejar cumplida a satisfacción esa tarea.

Cartago, 3 de octubre de 1950" (Expediente legislativo, folio No. 204)

Ya propiamente sobre la redacción del artículo 34 de la Ley No. 1338 y la exclusión de la referencia a las informaciones posesorias, podemos leer en las explicaciones del Diputado Torres Vincenzi:

"Artículo 34°.-

Contiene las mismas ideas del artículo 21 del Decreto-Ley, procurando una mejor exposición de las mismas. Pero se eliminó la reserva que para caminos y demás fines de utilidad pública establece ese artículo respecto a propiedades que se inscriban mediante información posesoria, pues se estima inconstitucional, ya que implica una expropiación sin indemnización, contrariando así el artículo 45 de la Constitución. Posiblemente el error del decreto-ley provenga de considerar las informaciones posesorias como un derecho de posesión en baldíos nacionales, según se desprende de su texto, lo cual es una lamentable equivocación; no es un derecho de posesión sino un medio de inscribir en el

Registro Público una propiedad privada que carece de título inscribible, y no son concesiones en baldíos sino bienes particulares. En cuanto a baldíos o concesiones en los mismos, sí cabe la reserva porque el Estado puede imponer condiciones al disponer de propiedades suyas, como puede hacerlo cualquier particular.

Para evitarle reclamos al Estado por las reservas que pueden haberse inscrito o establecido ya, se redactó el inciso "a", incluyendo las propiedades que se hubieren otorgado aunque no estén inscritas aún.

Las demás modificaciones son de detalles de redacción o para completar conceptos." (Ibíd., folios 214 y 215).

Según el comentario anterior, parece ser que la filosofía del nuevo artículo 34 es que la reserva para caminos u otros fines de utilidad pública es para bienes inmuebles en los que el Estado aparecía como titular y se desprende, momentánea o permanentemente, de ellos en favor de particulares mediante un expreso acto; de ahí que se excluyera de su aplicación a las propiedades inscritas en Registro Público con posterioridad mediante el trámite de información posesoria, al ser éste un procedimiento judicial para lograr dicho fin (la inscripción registral), que sobreentiende la propiedad particular previa, y no un acto dispositivo del Estado.

Tal posición legislativa concuerda con lo establecido por leyes precedentes en las que el Estado disponía a favor de particulares de los llamados baldíos nacionales, y en las que se hallan disposiciones normativas que probablemente inspiraron la mayor parte del artículo 21 de la Ley No. 757 de 11 de octubre de 1949:

"Artículo 17.-En todos los títulos de propiedad que se expidan sobre tierras baldías nacionales, se incluirán las obligaciones siguientes:

(...)

2º.-Que la Secretaría de Fomento tiene derecho, en cualquier

momento, sin indemnización ni compensación alguna, a la servidumbre de tránsito necesaria para la construcción de vías férreas, tranvías, carreteras, líneas telegráficas o telefónicas, al uso de los terrenos indispensables para la construcción de caminos, puentes o muelles, a la extracción de materiales para la construcción de esas mismas obras, y al aprovechamiento de los cursos de agua que fueren necesarios para el abastecimiento de poblaciones, para abrevadero de ganados o para irrigación." (Ley No. 29 de 3 de diciembre de 1934. Mediante esta Ley se regula la adjudicación de lotes de veinte hectáreas en los baldíos nacionales a todo varón costarricense de veinte años de edad o emancipado).

"Artículo 12.-

Toda enajenación, arrendamiento o concesión de terrenos en los baldíos nacionales, lleva consigo tácitamente sobreentendidas las condiciones siguientes:

- a) Que se hacen siempre sin perjuicio de tercero;
- b) Que la Hacienda Pública no queda obligada a la evicción y al saneamiento;
- c) Que el adquirente o concesionario no podrá reclamar contra la medida o localización que hubieren servido de base para la enajenación, concesión o arrendamiento;
- d) Que el Estado tendrá derecho en cualquier momento, sin indemnización alguna, hasta a un diez por ciento del área denunciada para ejercitar en ella la servidumbre de tránsito necesaria para la construcción y vigilancia de toda clase de vías de comunicación, y aprovechamiento de fuerzas hidroeléctricas, así como para las telegráficas y telefónicas; al uso de los terrenos indispensables para la construcción de dichas vías, de puentes y de muelles; a la extracción de materiales para esas mismas obras; y al aprovechamiento de los cursos de agua que fueren precisos para el abastecimiento de poblaciones, abrevadero de ganados e irrigación. Queda también obligado el adjudicatario o arrendatario a permitir las entradas y salidas que sean necesarias para los lotes contiguos o interiores. Tales restricciones y cargas van aparejadas a la adjudicación, arrendamiento o concesión que se

hagan y el Registro Público no inscribirá el título respectivo si en él no constan expresamente."

Este último artículo, que corresponde a la Ley General sobre Terrenos Baldíos, No. 13 de 10 de enero de 1939, es particularmente claro en cuanto a los supuestos de aplicación de la norma: "enajenación, arrendamiento o concesión de terrenos", es decir, todos términos jurídicos que presuponen la propiedad previa del Estado y un acto dispositivo suyo a favor de particulares.

La voluntad de excluir a los terrenos bajo prescripción positiva de sus alcances legales se evidencia aún más si se observa que el artículo 2º de la misma Ley lo menciona como una de las formas posibles de tener dominio sobre los baldíos nacionales, pero no la toma en cuenta en el artículo 17 de reciente cita para imponer la reserva:

"Artículo 2º.-

Los baldíos son susceptibles de dominio particular, por efecto de enajenación, de denuncia o de prescripción adquisitiva, y pueden ser poseídos en virtud de arrendamiento que de ellos haga el Estado de acuerdo con los términos de esta ley, o bien de concesiones hechas o que se hagan por el Poder Legislativo, para fines determinados. (La negrita es nuestra).

Esta patente exclusión de los inmuebles bajo prescripción positiva que se hace en el artículo 17 de la Ley General sobre Terrenos Baldíos, y que implica la no imposición a ellos de las reservas que este precepto enumera, se repite para 1951 con la Ley No. 1338 al eliminarse a las informaciones posesorias como supuestos de aplicación de su artículo 34. Como profundizaremos más adelante, la prescripción positiva es un requisito sine que non para que toda información posesoria sea aprobada.

Continuando con nuestro recorrido histórico sobre las leyes de caminos, señalaremos que La Ley No. 1338 fue posteriormente derogada por la Ley General de Caminos Públicos No. 1851 de 28 de febrero de 1955, la cual mantuvo bajo el artículo 13 el mismo precepto normativo del artículo 34 de la Ley anterior, con escasas modificaciones:

“Artículo 13.-

Para la construcción de caminos públicos el Estado tendrá derecho a utilizar, sin indemnización alguna:

a) Los porcentajes señalados como reserva para tal fin en las propiedades inscritas o pendientes de inscripción en el Régimen Público;

b) Hasta un doce por ciento (12%) del área de los terrenos que en adelante se otorguen por el Estado o las Municipalidades a título de concesión, canje de terrenos, baldíos, aplicaciones de gracias, colonias agrícolas, adjudicación de lotes en terrenos baldíos y todos aquellos otros derechos o concesiones que otorgue el Estado por cualquier otra causa en los baldíos nacionales. Esta reserva se aplicará en cualquier momento a caminos de cualquier naturaleza con un ancho no mayor de veinte metros, o al aprovechamiento de fuerzas hidroeléctricas o para el paso de líneas telegráficas o telefónicas, para construcción de puentes o utilización de cursos de agua que fueren necesarios para el abastecimiento de poblaciones, abrevaderos de ganado o irrigación, o para cualquier otra finalidad de utilidad pública.

Tales restricciones y cargas irán aparejadas a la inscripción de la finca afectada, quedando obligado el funcionario a quien corresponda otorgar la escritura o suscribir el mandamiento inscribible a dejar constancia de las mismas. El Registro Público no inscribirá el título si en éste no constan dichas restricciones y cargas.”

Para los cambios realizados al artículo 34 precedente por el 13 de la Ley No. 1851 (básicamente se elimina del primer párrafo la frase “cuando lo crea indispensable para el servicio público”; en el inciso a) se sustituye “u otorgadas hasta la presente fecha” por “pendientes de inscripción en el Registro Público”; y en el b) la frase “inclusive los denominados derechos de Patria” se cambia por “colonias agrícolas”, lo mismo que “derechos de vías” por “caminos”) no encontramos en el expediente legislativo discusiones de los señores Diputados que aclaren el motivo de las modificaciones y todas obedecen a una moción presentada por el señor Diputado Quesada Chacón aprobada el 15 de febrero de 1955 dentro del trámite de primer debate.

La Ley No. 1851 se mantiene vigente hasta su derogatoria por la actual Ley General de Caminos Públicos, No. 5060 de 22 de agosto de 1972, la que no modifica en nada el artículo 13 de su antecesora, salvo su ubicación dentro del texto general, asignándole el numeral 7°.

Aunque, como era presumible tratándose del mismo texto anterior, no encontramos discusiones de interés en el expediente legislativo (No. 4246) de esta última Ley, sí vale la pena rescatar un informe elaborado por el señor Jesús Murillo Gutiérrez del Departamento de Estudios y Referencia de la Asamblea Legislativa, que, sobre el artículo 7°, propone:

"En el artículo 7°, sería conveniente especificar claramente, que el tanto por ciento que se reserva para los fines que se indican, constituirá parte de los bienes del Estado, en forma plena, y no en calidad de servidumbre a su favor.-

Decimos lo anterior, por cuanto la redacción no es clara en tal sentido, y si se llegara a interpretar que dicha reserva es del propietario particular, con una servidumbre a favor del Estado, ésta podría llegar a terminar, de acuerdo con los artículos 381 y 382 del Código Civil. El último párrafo de este artículo, confirma la idea de que se le está dando carácter de servidumbre, a las fajas ahí indicadas, que el Estado llegue a necesitar para el uso público, cuando dice: "Tales restricciones y cargas...". Ya que es el Estado el que dona los terrenos, resérvese entonces el derecho de readquirir, en calidad de propietario, las fajas que tengan que usar para los fines indicados. Esta reserva se especificará en el documento que se expida para el nuevo propietario, de acuerdo con lo que indican los artículos 3 de la Ley Orgánica de Notariado y 460 del Código Civil. De lo contrario debiera advertirse que el "no uso durante el tiempo necesario para prescribir", no se aplicará en el presente caso, o mejor, que no serán aplicables al efecto, los artículos 381 y 382, ya citados." (Folios 23 y 24 del expediente legislativo No. 4246)

Aunque esta recomendación no fue recogida por los señores Diputados (Ugalde Álvarez, Lizano Ramírez y Hernández Vargas) integrantes de la Subcomisión para introducir modificaciones al texto del proyecto de ley a raíz de este informe del Departamento de Estudios y Referencia (folios 31 y 46 y siguientes), no obstante que existía una moción aprobada del Diputado Laclé Castro

en la Comisión Permanente de Gobierno y Administración para que se incorporaran en el proyecto las observaciones formuladas por el citado Departamento (folios 31 y 32); sí conviene destacar la similitud de criterio con el comentario del Diputado Torres Vincenzí, vertido dos décadas atrás y que aquí ya consignamos, en el sentido de que la "afectación" que se hace a las propiedades con esta norma proviene de un acto dispositivo del Estado de un terreno suyo (nótese la utilización de la frase "es el Estado el que dona los terrenos") a favor de particulares.

Asimismo, la ausencia de mención, dentro de los supuestos legales en que se aplica la norma, de las fincas inscritas por información posesoria, tanto en el texto del artículo 13 de la Ley No. 1851 como en el del 7° de la Ley No. 5060, ante inexistencia de discusiones en los expedientes legislativos de cada una que hagan pensar otra cosa, hace presumir, congruentemente al principio de integración de las normas en el tiempo, que los motivos y la decisión de los legisladores de 1951 con la Ley No. 1338 de excluir tales fincas de la "afectación" son igualmente válidos para esas dos subsiguientes leyes de caminos públicos.

Cabe, entonces, concluir a partir de este primer análisis, que el artículo 7° de la Ley General de Caminos Públicos, No. 5060, por sí solo, no es aplicable a fincas inscritas a través del trámite de información posesoria.

II.-RESERVAS EN LAS LEYES DE INFORMACIONES POSESORIAS

Bajo la Ley No. 139 de 14 de julio de 1941 se promulga la Ley de Informaciones Posesorias, la que, con múltiples reformas posteriores, se mantiene vigente hasta nuestros días. Tal normativa establece un procedimiento ante los tribunales de justicia para la inscripción en Registro Público de terrenos carentes de un título inscribible de dominio y cuyos dueños lo hayan poseído por un período igual o superior a diez años de manera quieta, pública e ininterrumpida, dando así contenido al artículo 479 del Código Civil que dispone que "el propietario que careciere de título escrito de dominio, podrá inscribir su derecho, justificando previamente su posesión por más de diez años".

Como una excepción al procedimiento que establece la Ley de Informaciones Posesorias, se dicta la Ley No. 3971 de 11 de octubre de 1967 que "autoriza al Instituto de Tierras y Colonización para otorgar por una sola vez a cada persona física, títulos de propiedad, inscribibles en el Registro Público, a los poseedores de parcelas de reservas nacionales que sean enajenables y de fincas rurales no inscritas, cuya extensión no sea superior a cincuenta hectáreas" (artículo 1º). En su proyecto original esta Ley había sido únicamente pensada para los poseedores precarios de tierras de parcelas cultivadas en la

provincia de Limón y por un año de vigencia; sin embargo, conforme fue avanzando en su trámite legislativo se amplió para todo el país y sin límite de tiempo.

Menos de un año después, se presenta al Congreso una iniciativa para que los beneficios de la Ley No. 3971 no se restrinjan a fincas menores de cincuenta hectáreas ni a una titulación por persona, sino que se amplíe a todas las demás situaciones que ella no contempla "para que los terrenos en producción de mayor cabida y los que estuvieren destinados a usos industriales o construcción de vivienda o edificios, pudieran inscribirse con igual facilidad" (exposición de motivos del expediente legislativo No. 3543).

Es así cómo se promulga, dos años después, la Ley No. 4545 de 20 de marzo de 1970, denominada popularmente "Ley de informaciones posesorias administrativas", constituyéndose en un procedimiento paralelo al de la Ley de Informaciones Posesorias de 1941 en el tanto elimina los límites para acceder a la titulación que establecía la Ley No. 3971 (la que también deroga, artículo 25), quedando a juicio del promovente determinar a qué procedimiento se acoge para titular su finca (artículo 24 de la Ley No. 4545), y por ende, ante qué sede, si la judicial o la administrativa con el Instituto de Tierras y Colonización.

Es en esta Ley 4545 (curiosamente derogada con posterioridad dos veces, por Ley No. 6237 de 2 de mayo de 1978, artículo 1º, y 6734 de 29 de marzo de 1982, artículo 84) en donde encontramos referencia a la afectación con las reservas de la Ley General de Caminos Públicos (en ese entonces, la No 1851) de las propiedades que por ella se titularen:

“Artículo 22.-

Las fincas inscritas por medio de esta ley, quedará afectadas por las siguientes reservas:

a) Si el fundo fuera enclavado o tuviera frente a caminos públicos, con ancho inferior a veinte metros, estará afecto a las reservas que indica el artículo 13 de la Ley General de Caminos Públicos;

b) A las reservas que indica la ley de Aguas en sus artículos 72 y 73, y cuando existieren aguas de dominio público o privado, en su caso.

c) A la prohibición de destruir bosques o arboledas que contengan especímenes o animales, que estén en proceso de extinción en el país, a juicio del Ministerio de Agricultura.”

Con esta norma, el legislador asume nuevamente la posición de que las fincas inscritas a través de información posesoria, por lo menos, las de sede administrativa, sí serán objeto de las reservas establecidas en las leyes de caminos públicos que aquí hemos analizado; limitándolas, eso sí, a los fundos enclavados o que tuvieran frente a caminos públicos con ancho inferior a veinte metros. Es de rigor comentar aquí que en las actas legislativas del expediente de esta Ley (No. 3543) no se hallaron discusiones sobre este artículo.

Resulta interesante añadir sobre el tema de las titulaciones administrativas, que una ley posterior, la No. 5064 de 22 de agosto de 1972, que facultaba al Instituto de Tierras y Colonización para impulsar programas múltiples de titulación de tierras en diferentes zonas del país, también incluyó, en su artículo 15, inciso b), esta posibilidad de afectar con las reservas de las leyes de caminos públicos a los terrenos titulados:

“Artículo 15.-

Las fincas tituladas en los programas a que se refiere la presente ley, quedarán sujetas a las siguientes limitaciones:

a) Sin la previa autorización del Instituto de Tierras y Colonización no podrán ser vendidas, arrendadas ni gravadas, durante un plazo de cinco años contados a partir de la fecha de inscripción del traspaso en el Registro;

b) A las reservas que indica la Ley de Aguas en sus artículos 72 y 73 y a las indicadas en la Ley General de Caminos;

c) A la prohibición de destruir bosques o arboledas que contengan especímenes vegetales o animales, que estén en proceso de extinción en el país, a juicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería.

No obstante, vencido el plazo relacionado en el inciso a) de este artículo, cualquier enajenación hecha por el beneficiario, o por alguno de los posteriores adquirentes de dichas fincas en cualquier tiempo, que a juicio del Instituto de Tierras y Colonización pueda producir la concentración o subdivisión excesiva de la propiedad, dará derecho a éste para adquirir la o las parcelas que motiven su intervención. En tal caso el precio que pagará el Instituto de Tierras y Colonización, será aquel que se determine por peritos nombrados por las partes o por el Tribunal Fiscal Administrativo, en caso de discordia. Este avalúo tomará en cuenta exclusivamente las mejoras útiles y necesarias hechas por el propietario y sus anteriores dueños y el valor del terreno sin que sea dable considerar en el avalúo la plusvalía que hubiere adquirido el inmueble con motivo de la construcción de obras de infraestructura por parte del Estado. Las anteriores limitaciones deberán ser consignadas en las respectivas escrituras de adjudicación y en el asiento original de inscripción en el Registro Público."

A modo de comentario, es interesante anotar cómo estas dos normativas (Leyes 4545 y 5064) remiten a la Ley General de Caminos Públicos, y no a la Ley de Tierras y Colonización, No. 2825 de 14 de octubre de 1961, que retomó en su mayor parte la redacción del artículo 12 de la Ley General sobre Terrenos Baldíos ya citado:

"Artículo 176.-

Toda enajenación, arrendamiento o concesión de derechos que haga el Instituto, lleva implícitas las condiciones siguientes:

- 1) Que se hace sin perjuicio de terceros;
- 2) Que no queda obligado a la evicción ni al saneamiento;
- 3) Que el adquirente o el concesionario no podrá reclamar contra la medida o la localización que hubiere servido de base para la enajenación, concesión o arrendamiento; y
- 4) Que el Estado tendrá derecho en cualquier momento a tomar hasta un 20% del área adjudicada, para ejercitar en ella la servidumbre de tránsito necesaria para la construcción y vigilancia de toda clase de vías de comunicación y aprovechamiento de fuerzas hidroeléctricas, así como para la construcción y vigilancia de líneas telegráficas y telefónicas; al uso de los terrenos indispensables para la construcción de puentes y muelles; a la extracción de materiales para esas mismas obras; al aprovechamiento de los cursos de agua que fueren precisos para el abastecimiento de poblaciones, abrevaderos de ganado, regadío y cualesquiera otros usos de interés general. Dichas restricciones y cargas van aparejadas a la adjudicación, arrendamiento o concesión que se haga y el Registro no inscribirá el título respectivo si en él no constan en forma expresa. Por el área que tome para los fines indicados, el Estado pagará el precio original de compra y el valor de las mejoras necesarias y útiles."

La remisión al artículo 176 de la Ley No. 2825 hubiese sido más afín por tratarse de actividad propia del Instituto de Tierras y Colonización, hoy Instituto de Desarrollo Agrario; sin embargo, queda la duda de si la alusión al pago del terreno y de las mejoras en este numeral, frente a la no indemnización que señala el artículo correspondiente de la Ley General de Caminos Públicos, desincentivó el reenvío a aquel numeral.

Con motivo de la promulgación de la Ley No. 4545 surge la inquietud de llevar a la Ley de Informaciones Posesorias No. 139 de 14 de julio de 1941 algunas "innovaciones" introducidas por aquella normativa a fin de hacer el trámite ante los tribunales de justicia más expedito para los promoventes de estos procesos. Así podemos leer en la exposición de motivos del expediente legislativo No. 4586:

"La reforma a los artículos que luego cito de la ley de Informaciones Posesorias, número 139 de 14 de julio de 1941, tiene por objeto incluir en esta ley algunas disposiciones que estimo muy beneficiosas, tanto para los poseedores de tierras sin inscribir, como para los intereses del Estado, que estableció la Ley No. 4545 de veinte de marzo de mil novecientos setenta.- Esta última innovó los procedimientos de titulación de tierras, pero dejó vigente la Ley No. 139 relacionada, la que ha seguido en pleno uso por establecer los trámites ante los Juzgados Civiles, y aquella sólo en el Instituto de Tierras y Colonización, procedimiento que resulta más incómodo a los ciudadanos por razón de la distancia principalmente.-"

Con las reformas que propongo se incorpora a la Ley No. 139 procedimientos beneficiosos que contiene la nueva ley y que por las razones dichas no es posible aplicarlas en la práctica cuando se acoge la información de acuerdo con la citada Ley No. 139 y no con la No. 4545."

En el texto del proyecto original no se encontraba ninguna norma referente o similar a la del artículo 22 de la Ley No. 4545; sin embargo, a raíz de la intervención de varias personas (funcionarios públicos y de la empresa privada) ante la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa se insertó un precepto legal dentro del dictamen de mayoría afirmativo, que se mantuvo, como numeral 19, hasta la aprobación definitiva del proyecto por el Plenario y promulgación dentro de la Ley No. 5257 de 31 de julio de 1973:

"Artículo 1º.- Refórmase la Ley de Informaciones Posesorias, N° 139 de 14 de julio de 1941 y sus reformas, para que en adelante se lea así:

(...)

Artículo 19.-

Las fincas inscritas por medio de esta ley quedarán afectadas por las siguientes reservas que se indicarán en la resolución:

a) Si el fundo es enclavado o tiene frentes a caminos públicos, con ancho inferior a veinte metros, estará afecto a las reservas que indica la Ley General de Caminos Públicos;

b) A las reservas que indica la Ley de Aguas en sus artículos 72 y 73, cuando existieren aguas de dominio público o privado, en su caso; y

c) A la prohibición de destruir bosques o arboledas que contengan especímenes vegetales o animales, que estén en proceso de extinción en el país, a juicio del Ministerio de Agricultura y Ganadería."

Esta norma se mantiene vigente en la actualidad, con la reforma introducida por Ley No. 5813 de 4 de noviembre de 1975, que modificó el párrafo primero para que se lea de la siguiente forma: "Las fincas inscritas por medio de esta ley quedarán afectadas por las siguientes reservas, sin que haya necesidad de indicarlo en la resolución:". Lo anterior con el fin de que se tenga por hecha la anotación de las reservas, sin que sea necesario consignarlo así en la sentencia aprobatoria.

Se concluye, entonces, que con la incorporación de este artículo 19 a la Ley de Informaciones Posesorias, No. 139 de 14 de julio de 1941, prácticamente igual al número 22 de la Ley 4545 (se eliminó la referencia directa al artículo 13 de la Ley No. 1851, por cuanto ya esta había sido derogada por la No. 5060, y se dejó una más abierta a las "reservas que indica la Ley General de Caminos Públicos"), se viene a uniformar para ambos trámites de titulación de terrenos, en vía judicial y administrativa, la afectación a las reservas de la Ley General de Caminos Públicos de las fincas inscritas por ambas leyes; con lo cual, la intención del legislador de 1951 al decretar la Ley No. 1338 de excluir a las propiedades inscritas por información posesoria de las reservas impuestas por la Ley General de Caminos Públicos, y por ende, de las dos que le siguieron, Nos. 1851 y 5060, quedó insubsistente.

Téngase hasta aquí por ampliado y reconsiderado en lo conducente el Oficio No. 0059 de 24 de diciembre de 1981 de la Procuraduría General de la República.

III.-ALGUNAS CONSIDERACIONES DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien, como ya vimos, el artículo 19 de la Ley de Informaciones Posesorias somete a las propiedades inscritas por esta Ley a las reservas de la Ley General de Caminos Públicos, conviene hacer algunas reflexiones de constitucionalidad sobre la normativa atinente.

Según nuestra Sala Constitucional, debe hacerse un distingo entre el momento en que se adquiere la propiedad de un terreno por la posesión que se ejerce (figura de la usucapión o prescripción positiva) y el procedimiento (información posesoria) por el cual dicha propiedad se inscribe en Registro Público para efectos de terceros:

“En principio debe indicarse que las diligencias de información posesoria reguladas en la Ley de Informaciones Posesorias No. 139 de 14 de julio de 1941 y sus reformas, son un procedimiento judicial no contencioso por medio del cual se formaliza un título de propiedad de bienes inmuebles inscribible en el Registro Público. En general, con ese procedimiento se pretende que los poseedores que carecen de título inscribible en el Registro Público lo obtengan. El artículo 1 de esa Ley dispone que para que el poseedor de bienes raíces solicite el otorgamiento del título con base en el procedimiento de información posesoria, deberá demostrar una posesión por más de diez años con las condiciones que señala el artículo 856 del Código Civil, a saber, en calidad de propietario, continua, pública y pacífica. Los anteriores requisitos de tiempo y condición, caracterizan la posesión necesaria para usucapir. Para obtener la propiedad de los bienes inmuebles por prescripción positiva, además de la posesión en las condiciones indicadas, el artículo 853 del Código Civil, señala como requisitos: el título traslativo de dominio y la buena fe. De lo anterior y de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Informaciones Posesorias, que caracteriza el procedimiento de información posesoria como un proceso judicial no contencioso -en el que al surgir un reclamo u oposición de alguna persona o del Estado, provoca que el asunto se suspenda y se remita a la vía declarativa para su discusión y solución, o que se archive el expediente y se tenga por agotada al vía administrativa, respectivamente-, se desprende que la titulación del bien inmueble tiene como requisito la adquisición de la propiedad. O sea, que se distingue el momento de adquisición de la propiedad por usucapión del momento en que esa situación se hace valer en el procedimiento

de información posesoria para obtener un título inscribible en el Registro Público. De ahí que se considere la usucapión como un modo de adquisición de la propiedad y de otros derechos reales poseíbles, y a la titulación como el procedimiento por medio del cual, comprobados los requisitos de la usucapión, se confiere el título de propiedad inscribible." (Voto No. 4587-97 de las 15 horas 45 minutos del 5 de agosto de 1997. La negrita no es del original).

Debe tenerse en cuenta, por tanto, que el poseedor de un terreno alcanza la propiedad del mismo, no por la titulación que se hace, sino por haber ejercido sobre el inmueble una posesión conforme a la Ley:

"La usucapión es un modo originario de adquirir un derecho real poseíble por el transcurso del tiempo con los requisitos de ley. El efecto jurídico adquisitivo de la usucapión se produce de manera automática con el transcurso del tiempo unido a una posesión hábil que reúna las condiciones fijadas para la posesión ad usucapionem, y a los demás requisitos establecidos en la ley. En términos generales, el Código establece como requisitos para la prescripción positiva: el título traslativo de dominio, la buena fe, y la posesión en condiciones específicas." (Voto No. 4587-97 Ibíd.).

Lo anterior es consecuente con el artículo 853 del Código Civil que señala que "por la prescripción positiva se adquiere la propiedad de una cosa" y con el 479 del mismo cuerpo normativa que indica que "el propietario que careciere de título escrito de dominio, podrá inscribir su derecho, justificando previamente su posesión por más diez años en la forma que indica el Código de Procedimientos". Nótese la utilización del término "propietario", y no "poseedor", con lo que se denota que la adquisición de la propiedad necesariamente es previa al momento en que se acude al trámite de información posesoria para obtener un título inscribible en el Registro Público.

De esta forma, puede darse el caso de una persona que posea un terreno durante más de diez años con los requisitos de ley, pero que no acuda al trámite de información posesoria sino mucho tiempo después. En ese supuesto, el carácter de propietario del inmueble lo adquiere desde que cumple los diez años, y no desde el momento en que obtiene una sentencia favorable en una información

posesoria. Es decir, que ésta tiene efectos meramente presuntivos, mas no constitutivos del derecho de propiedad (véase dictamen No. C-128-99 de 24 de junio de 1999 de la Procuraduría General de la República).

Se habla de presuntivo porque, como lo afirma don Alberto Brenes Córdoba en su Tratado de los Bienes, "el título supletorio no comprueba de manera directa e indiscutible la propiedad; sirve de fundamento a la presunción de dominio derivada de la posesión, y no otra cosa. Por eso se inscribe con la reserva de "sin perjuicio de tercero de mejor derecho" (San José, Editorial Costa Rica, 1963, página 192).

Así las cosas, si alguien adquiere por prescripción positiva un terreno sin inscribir, lo hace de forma íntegra sobre todo el inmueble desde el momento en que cumple los diez años de posesión a título de dueño en forma quieta, pública, ininterrumpida y de buena fe. Cualquier tipo de cercenamiento de su propiedad, haya sido inscrita o no, para fines de utilidad pública que realice un ente estatal, debe ser indemnizado, de conformidad con el artículo 45 de nuestra Constitución Política:

" ARTÍCULO 45.-

La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social."

De ahí que la aplicación de las reservas que establece el artículo 7° de la Ley General de Caminos Públicos a las fincas inscritas por información posesoria podría presentar una duda razonable sobre un eventual roce con el artículo 45 de nuestra Carta Magna que podría ser invocada por el interesado, al suponer aparentemente la supresión de un doce por ciento o menos del total de la cabida de los terrenos, sin indemnización a su propietario.

"La reserva, como todas las facultades dimanantes del dominio, se halla sujeta a la limitación natural que implica el respeto jurídicamente debido a los derechos subjetivos a favor de tercero que existan sobre la misma cosa. (...) La existencia de una tal utilización privativa excluye, por ende, la posibilidad de que se constituya por la Administración una reserva incompatible con la plena actuación del derecho subjetivo perteneciente a tercero: lo que a otro pertenece, lo que no es propio, no puede, en rigor, retenerse o reservarse." (Ballbé, Manuel. Las Reservas Dominiales (Principios). Revista de Administración Pública. Madrid, No. 4, enero-abril 1951., ps. 84-86)

Recuérdese que esta fue precisamente la razón por la que fue excluida dicha posibilidad en la Ley No. 1338 de 1951, según lo ya reseñado por don Álvaro Torres Vincenzi, diputado de esa época.

Distinto es el caso de aplicar tales reservas a los casos contenidos propiamente en el artículo 7º de la Ley General de Caminos Públicos ("terrenos otorgados por el Estado o las Municipalidades a título de concesión, canje de terrenos, baldíos, aplicaciones de gracia, colonias agrícolas, adjudicación de lotes en terrenos baldíos y todos aquellos otros derechos o concesiones que otorgue el Estado por cualquier otra causa en los baldíos nacionales"), al tratarse de actos que presuponen un acto dispositivo del ente público sobre un bien que previamente es de su propiedad, y no del particular beneficiado, y respecto del cual, es factible de reservarse a futuro una porción de terreno para realizar obras de interés público.

IV.-SOBRE LOS ARTICULOS 72 Y 73 DE LA LEY DE AGUAS

Por último, debemos aclarar que hasta aquí se ha omitido hacer alusión a los artículos 72 y 73 de la Ley de Aguas en tanto las reservas que ellos crean son de naturaleza diferente a las enunciadas por las normas transcritas de las distintas leyes de caminos públicos y no generan, a nuestro criterio, ningún problema de aplicación.

El artículo 72 de esa Ley lo que establece es la obligación de los Jueces encargados de extender títulos de propiedad sobre tierras baldías o no tituladas, de hacer una reserva en cuanto a las aguas, álveos o cauces y vasos de las aguas que sean de dominio

público, haciéndolo constar en la sentencia de adjudicación de las tierras, a fin de que el Registro Público tome nota de esas reservas nacionales, recalcando que la omisión de ese requisito no confiere derecho alguno al denunciante o poseedor sobre esos bienes.

Como se ve, existe una clara diferencia respecto de lo que dispone el artículo 7° de la Ley General de Caminos Públicos, en tanto las aguas y los cauces que en el 72 de la Ley de Aguas se mencionan, desde mucho antes de la aprobación de una información posesoria, ya eran de dominio público, de acuerdo con los artículos 1° y 3° de la misma Ley, y por lo tanto, ninguna persona habría podido ejercer posesión válida para alegar la prescripción positiva respecto de ellos, al ser inalienables e imprescriptibles:

“El dominio público está integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son los llamados bienes dominicales, bienes dominiales, bienes o cosas públicas o bienes públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinadas a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes es que son inalienables, imprescriptibles, inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravamen en los términos del Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio.” (Sala Constitucional, Voto No. 2306-91 de 14 horas 45 minutos del 6 de noviembre de 1991).

El del artículo 72 de la Ley de Aguas, es un caso más de las llamadas “reservas demaniales” y que consiste en una “técnica por la que la Administración conserva o retiene en exclusiva la utilización de ciertos bienes de dominio público, por razones de interés público y para garantizar el cumplimiento de determinadas necesidades sociales. Por la exclusión del uso a los particulares y el régimen que tal técnica comporta, la declaratoria de reservas dominiales por la Administración requiere fundamento en una ley ordinaria y el respeto a los límites que ésta fije” (pronunciamento No. OJ-017-2001 del 7 de marzo del 2001). De modo pues que esa reserva de dominio debe ser entendida como la

demanialidad pública de los bienes a los que se refiere (pronunciamiento OJ-064-2002 de 30 de abril del 2002. "El fundamento jurídico de la reserva estriba, por tanto, en la titularidad dominical que corresponde a la Administración sobre los bienes de dominio público" Ballbé, Manuel, op.cit., p.79).

La norma tiene un sentido práctico y es que en el cuerpo de los planos catastrados que se aportan a los procesos de información posesoria se incluye dentro de los límites de los terrenos a inscribir los cauces de ríos, quebradas, arroyos, etc. cuando estos los atraviesan, en vista de que no resulta lógica la presentación de múltiples planos para describir por separado cada sector de una propiedad cuando cada uno de estos se encuentra separado de otro por uno de esos cauces.

Bajo esas condiciones, el precepto del artículo 72 de la Ley de Aguas viene a ser como una especie de recordatorio o advertencia de que, aunque esos cauces atraviesen los inmuebles titulados y que incluso consten dentro de sus linderos en los planos catastrados, su régimen es de dominio público, y por lo tanto, no son de propiedad particular, ni con anterioridad lo fueron:

"Por ello la reserva no es ningún acto constitutivo de los derechos de aprovechamiento de la Administración, sino meramente declarativo de sus potestades dominicales; no crea, en rigor, a su favor un derecho a la utilización de la cosa: solamente lo reconoce o constata." (Ibíd., p. 80)

En cambio, el artículo 7º de la Ley General de Caminos Públicos no refiere a una afectación a un régimen de dominio público por varias razones:

a) No existe una norma afectante de los terrenos al régimen demanial, como lo es en el caso del artículo 72 de la Ley de Aguas los artículos 1º y 3º de esa misma Ley, y tampoco es propio hablar de una afectación actual a un régimen de dominio público futuro que ni siquiera hay certeza de que se produzca algún día. Igualmente el artículo 7º de la Ley General de Caminos Públicos no puede tenerse como la norma afectante en la medida en que así no se dice expresamente y la simple referencia a obras que de ordinario pueden tener un régimen demanial, como los caminos públicos, o la asignación del término "para fines de utilidad

pública" no son suficientes para tener por hecha la afectación a ese régimen.

b) La delimitación es ambigua. A diferencia del artículo 72 de la Ley de Aguas que claramente indica el bien de dominio público sobre el que se hace la reserva ("aguas, álveos o cauces y vasos de las aguas que sean de dominio público"), el artículo 7° de la Ley No. 5060 no define de manera específica cuál porción de los terrenos es la que se va a utilizar en un futuro, sino que se limita a establecer un simple porcentaje de la cabida total de los inmuebles; con lo cual, de aceptarse la hipótesis de afectación al demanio, o se estaría afectando todo el terreno al dominio público mientras se define la o las partes a utilizar, o bien, sólo la parte requerida, pero hasta que se dé un evento futuro, ambas tesis inaceptables. Tampoco se estaría concretizando el eventual fin público al que se destina el porcentaje de las fincas, sino que se deja a la decisión de autoridades administrativas para que con el tiempo lo definan.

c) Los particulares pueden disponer libremente de la totalidad de los terrenos mientras no se individualice cuál sector de su propiedad va a ser utilizada para fines de utilidad pública. En el caso del artículo 72 de la Ley de Aguas, si los propietarios quieren utilizar las aguas o el cauce de las corrientes que atraviesan sus inmuebles, deben solicitar una concesión ante el Ministerio del Ambiente y Energía (artículo 17 de la Ley de Aguas en relación con el Transitorio V de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, No. 7593 del 9 de agosto de 1996).

No obstante, debe entenderse que lo recién expuesto lo es sin perjuicio de los bienes de dominio público ya existentes al momento de realizarse un procedimiento de información posesoria, como podrían ser, por ejemplo, los derechos de vía a que alude el artículo 4° de la Ley General de Caminos Públicos, y 4 y 5 de la Ley de Construcciones, No. 833 de 4 de noviembre de 1949, sobre los cuales los particulares no pueden adquirir propiedad, salvo que se demuestre de manera fehaciente que se poseyeron con diez años o más de antelación al momento en que fueron constituidos como bienes demaniales.

Por su lado, el artículo 73 estipula que las riberas de los ríos no navegables, y las márgenes de canales, acueductos o atarjeas, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su

extensión a la servidumbre de uso público en favor de los concesionarios de aguas de predios inferiores exclusivamente para la vigilancia y limpieza de los álveos o cauces, y previo aviso en cada caso al propietario o encargado del fundo.

Esta norma básicamente genera una servidumbre de uso público a favor de terceros, que no implica bajo ningún concepto la pérdida de una parte del terreno inscrito, sino simplemente una posibilidad de paso sobre las propiedades para la vigilancia o limpieza de los cauces o álveos; por lo que sería aplicable al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, con la obligación de avisar previamente la entrada al dueño o encargado de la finca. (No es necesario que el Instituto reúna la condición de "concesionario de aguas de un predio inferior", al exceptuarse las aguas potables destinadas a la construcción de cañerías para poblaciones sujetas a su control (Ley General de Agua Potable, en relación con el artículo 2º, inciso h), de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, No. 2726 de 14 de abril de 1961, según reforma del artículo 1º de la Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976) de la obligada autorización (concesión) para el aprovechamiento de las aguas públicas que establece el artículo 17 de la Ley de Aguas).

Tal servidumbre encuadra perfectamente dentro del concepto de limitaciones de interés social que fija el artículo 45 de nuestra Constitución Política y del desarrollo de sus alcances que ha realizado nuestra Sala Constitucional:

"IV-...la posición del carácter absoluto de la propiedad como derecho ilimitado y exclusivo, sólo afectado por motivos de expropiación para construir obras públicas -única limitación admitida en el siglo pasado-, ha sido sustituida por una nueva visión de la propiedad, que sin dejar de estar regulada como un derecho subjetivo, prevé que sus poderes son limitados y que además, está sujeta a deberes y obligaciones...el sistema de limitaciones externas de la propiedad lo conforman las limitaciones de interés social, que son de origen legislativo y de máxima importancia institucional, al requerir para su imposición la aprobación legislativa con mayoría reforzada. Como queda dicho, en principio, por sí mismas y por definición, las limitaciones de interés social impuestas a la propiedad no son indemnizables, por no implicar una expropiación, es decir, cuando la propiedad no sufre desmembraciones que hagan desaparecer el derecho. Desde luego que implican una carga o deber jurídico -en sentido estricto-, de no hacer, o a lo sumo, de soportar la intromisión

del Estado en la propiedad con fines públicos, deber que se agrega a los poderes o facultades del propietario, pero sin desnaturalizarlos o destruirlos...V-...Se modifica así la base jurídica sobre la que descansa la protección de la propiedad y de ser un derecho exclusivo para el individuo, pasa a corresponderle una obligación en favor de la armónica convivencia de la sociedad. Surgió la idea de la "función social" de la propiedad, en la que todo individuo tiene la obligación de cumplir ciertas obligaciones comunales, en razón directa del lugar que ocupa y de los intereses del grupo social que lo representa. El contenido de esta "propiedad función", consiste en que el propietario tiene el poder de emplear el bien objeto del dominio en la satisfacción de sus propias necesidades, pero correspondiéndole el deber de ponerla también al servicio de las necesidades sociales cuando tal comporta-miento sea imprescindible... " (Voto No. 4205-96 de 14 horas 33 minutos del 20 de agosto de 1996)

En razón de ello, esta servidumbre impuesta a las propiedades inscritas por la Ley de Informaciones Posesorias no requiere ser indemnizada, al tratarse de una limitación de interés social no creadora de una desmembración que haga desaparecer el derecho de propiedad.

CONCLUSIONES

El artículo 7° de la Ley General de Caminos Públicos, No. 5060, por sí solo, no es aplicable a fincas inscritas a través del trámite de información posesoria; sin embargo, con la incorporación del artículo 19 a la Ley de Informaciones Posesorias, No. 139 de 14 de julio de 1941, y el artículo 22 de la Ley No. 4545 de 20 de marzo de 1970, se viene a uniformar para ambos trámites de titulación de terrenos, en vía judicial y administrativa, la afectación a las reservas de la Ley General de Caminos Públicos de las fincas inscritas por ambas leyes, ya se trate de fincas madres o segregadas en la proporción correspondiente. Lo anterior, sin perjuicio de los eventuales reparos de constitucionalidad que podrían presentarse por parte de los interesados.

Las reservas y limitaciones que establecen los artículos 72 y 73 de la actual Ley de Aguas no generan problema de aplicación, al ser de naturaleza diferente a las creadas por las normas de las distintas leyes de caminos públicos que en este dictamen se mencionan.

De usted, atentamente,
Lic. Víctor Bulgarelli Céspedes
Procurador Agrario.

d) Análisis de la utilización del recurso hídrico.

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁷

O.J.-038-2003
28 de febrero del 2003
Diputado
Quírico Jiménez Madrigal
Presidente
Comisión Permanente Especial de Ambiente
Asamblea Legislativa
S.D

Estimado señor:

Con aprobación del señor Procurador General Adjunto, respondemos la consulta sobre el Proyecto de ley denominado: "Modificación a la Ley General de Agua Potable N°1634", Expediente Legislativo N° 14.427 (La Gaceta N° 164 del 28 de agosto de 2001).-

Como hemos indicado en ocasiones similares, cuando la Asamblea Legislativa solicita pronunciamiento sobre los alcances o contenido de un "proyecto de ley", el análisis no constituye un dictamen, sino una "opinión jurídica" no vinculante, emitida para orientar la tarea de promulgar las leyes.-

I.-CONSIDERACIONES PREVIAS

El manejo adecuado del recurso hídrico es fundamental para el desarrollo económico y social del país, sobre todo para promover la conservación de los bosques, la biodiversidad y mantener la cantidad y calidad de los mantos acuíferos. Por eso el

ordenamiento jurídico debe prever normas y procedimientos eficaces que preserven la calidad del recurso, y que a su vez prevengan y sancionen las conductas dañosas.-

Así por ejemplo, al Estado se le puede exigir la responsabilidad objetiva (Ley General de la Administración Pública, artículo 190), y a los administrados la establecida en el Código Civil: por culpa (art.1045) y por riesgo creado o riesgo provecho (art.1048). Disposiciones que por extensión se aplican al daño ambiental (Ley Orgánica del Ambiente, artículos 98 y 101).-

Sobre el particular, ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional:

II.- Previo al análisis de fondo del presente recurso, debe señalarse que dentro de la problemática de la destrucción al medio ambiente, destaca como un punto de especial relevancia el tema de la responsabilidad por daño ambiental, al cual se le ha dado un trato diferente, tomando en consideración las características propias de la materia de que se trata. El Estado, para asegurarse de alguna manera el resarcimiento por los daños ocasionados al medio ambiente, ha creado una serie de normas en las que se regula lo referente a la responsabilidad ambiental, sin perder de vista, eso sí, el necesario equilibrio que ha de existir entre la protección del ambiente y el desarrollo de las actividades de los particulares. En el Derecho ambiental se ha dado un planteamiento distinto a la responsabilidad, de tal suerte que se ha evolucionado de un sistema de responsabilidad por culpa a uno de responsabilidad por riesgo, lo que significa una mayor cobertura, pues dicha responsabilidad surgiría aún cuando no medie culpa del transgresor, si la actividad por éste desempeñada se estima riesgosa y, no obstante, asume ese riesgo, con una consecuencia dañosa para el ambiente. Se trata de un nuevo concepto de responsabilidad, donde lo que priva es el criterio objetivo sobre el subjetivo, puesto que para su surgimiento, es irrelevante si se actuó o no con culpa; basta con que el daño haya sido efectivamente ocasionado, para que de inmediato surja la consecuente responsabilidad. Así las cosas, en muchas ocasiones no es posible determinar, ni al culpable, ni la norma legal infringida, pues en la mayoría de los casos el daño es producto de una omisión, pero ciertamente se perjudica a terceras personas o Estados, las o lo que necesariamente son objeto de indemnización... Dentro de este contexto es que debe entenderse el contenido del artículo 101 de la Ley Orgánica del Ambiente." Sala

Constitucional, N° 2000-14:51 hrs. del 18 de febrero del 2000.-

La Ley Orgánica del Ambiente, artículo 2 inc. e), estipula que el daño al ambiente es un delito de carácter social, económico, cultural y ético, pues afecta la relación de la sociedad con su entorno natural; además pone en grave riesgo los recursos indispensables para el desarrollo de la vida y las actividades productivas, y con ello perjudica la existencia de las generaciones presentes y futuras. La conducta dañosa es sancionable tanto por acción como por omisión (artículos 1° y 98 bídem). El artículo 99, inciso g) ibídem, a su vez impone obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente.-

Esa Ley es de gran interés tanto para su aplicación al recurso hídrico, como con relación a las áreas contiguas a las fuentes proveedoras de agua potable que poseen carácter de dominio público en los términos de los artículos 7 inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización, N° 2825 de 14 de octubre de 1961 y 31 de la Ley de Aguas, N° 276 de 27 de agosto de 1942 (Ver al respecto, nuestros pronunciamientos números C-042-99 de 19 de febrero de 1999, C-016-2002 de 15 de enero del 2002 y OJ-064-2002 del 30 de abril de 2002).-

Bajo esa óptica, y dado que la misma Comisión está conociendo del Proyecto 14.585, denominado "Ley de Recurso Hídrico", estimamos que lo idóneo sería incorporar los aspectos novedosos de la Iniciativa 14.427 al Proyecto 14.585, pues es conveniente que la ordenación jurídica con incidencia en los recursos naturales no sea parcial y dispersa, sino que tienda a una regulación sistemática, por ejemplo, a través de la regulación de sectores de actividades, a efecto de lograr una tutela más eficiente y mayor coordinación administrativa (OJ.120-99 de 14 de octubre de 1999). Sin embargo, hacemos los siguientes comentarios al articulado en consulta.-

II.-SOBRE LAS NORMAS PROPUESTAS

Artículo 1: Adiciona siete artículos a la Ley General de Agua Potable. Corriendo su numeración a partir del numeral 20.-

Artículo 20.-

Daño ambiental

Para este numeral se recomienda el siguiente encabezado: "Para efectos de la aplicación de la presente ley, considérese daño

ambiental".

Los incisos b) y e) son reiterativos, en ambos se regula la contaminación del agua que se suministra a una población.-

Cabe prescindir de los incisos m) y n), relativos al tráfico ilícito de vida silvestre, pues resultan ajenos a la materia del proyecto. Además, esos bienes ya se tutelan en normativa especial (Ley de Conservación de la Vida Silvestre, artículos 18 y 76).-

Conviene tomar en cuenta el artículo 51 de la Ley Orgánica del Ambiente, donde se establecen los criterios para la conservación y el uso sostenible del agua, entre los que se pretende, proteger, conservar y recuperar en lo posible los ecosistemas acuáticos y los elementos que intervienen en el ciclo hidrológico; así como las políticas de protección de suelos en las cuencas hidrográficas previstas en el numeral 21 de la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, N° 7779 de 30 de abril de 1998.-

Se comparte lo dispuesto en el inciso k) sobre los incendios de vegetación en las áreas de recarga acuífera y que está en consonancia con el artículo 35 de la Ley Forestal.-

Ante la similitud de las previsiones contenidas en los incisos n) y p), habrá que redactarlas en una sola que contenga, además, las edificaciones industriales y comerciales que se echan de menos.-

También debe consignarse como daño ambiental la afectación de las áreas de protección del artículo 33 de la Ley Forestal, las cuales difieren de las áreas silvestres protegidas (Ley Orgánica del Ambiente, artículo 32, Ley Forestal, artículos 13, 14 y 15 y Dictamen N° C-02-016 del 15 de enero de 2002).-

El numeral de comentario cataloga como delito contra la salud pública y los derechos humanos el daño ambiental sobre las áreas de producción hídrica para consumo humano o a los sistemas de distribución del agua. Además de que no se indica qué se entenderá por áreas de producción hídrica, la medida más que un tipo penal, parece un postulado como el contenido en el artículo 2, inciso. c) de la Ley Orgánica del Ambiente. Si la intención del legislador es tipificar estas acciones como conductas delictivas, deberá someter su redacción a las formalidades de la materia, citando en la exposición de motivos las razones de mérito para ello.-

Sobre la valoración del daño ambiental a cargo de funcionarios del MINAE con conocimientos idóneos al efecto, se sugiere contemplar esa potestad en el artículo 22.-

Artículo 21.-

Restauración del Daño Ambiental

El numeral es omiso con respecto a las potestades de carácter administrativo y electoral que ejerce el Tribunal Supremo de Elecciones en la cancelación de credenciales a funcionarios municipales de elección popular.-

En nuestro criterio, la reparación integral del daño corresponde a la persona física o jurídica responsable en forma objetiva. Por ello no parece adecuado prever que con tan sólo una suma indemnizatoria a costa del infractor, los gobiernos locales o las instituciones autónomas con injerencia en la materia van a restaurar en su totalidad el daño ambiental. Sí está claro que les corresponderá velar por el cumplimiento de las medidas restauradoras dictadas por la autoridad administrativa competente.-

Anótese que las sumas indemnizatorias impuestas tienen como uno de sus propósitos disuadir futuras conductas dañosas; su adopción no impide exigir también la reparación o mitigar el daño. (Véase al efecto resoluciones del Tribunal Ambiental Administrativo números 369-01-TAA de 8 hrs. del 4 de junio de 2001 y 627-01-TAA de las 13:15 hrs. del 4 de setiembre de 2001).-

Artículo 22.-

Determinación y valoración de los daños ambientales

Para el inciso a) la indemnización se establecería a partir de la fecha de la denuncia. Lo pertinente es que se establezca a partir del inicio comprobado de la acción dañosa.-

El inciso b) no menciona qué tipo de especie maderable será utilizada para aplicar la formula económica que detalla como componente integrante de la indemnización, entre otros (daños a los suelos, a la tasa de infiltración y daño escénico). Su elección la deja a criterio del MINAE. Lo recomendable sería que el monto indemnizatorio dependa del valor de la especie afectada. Tampoco se comparte la mención sobre los volúmenes de raíces que integrarían el monto resarcitorio, pues habría que extraer otros árboles para determinar la longitud de las mismas lo cual incrementaría el daño en el lugar.-

Al disponerse que el valor de la madera se fija a partir de su puesta en un patio en San José, se estaría omitiendo el valor

agregado que adquiere la madera una vez aserrada y troceada. Además, hay que tomar en cuenta que el período de recuperación de 30 años a efecto de calcular la indemnización, puede resultar insuficiente según el tipo de ecosistema dañado.-

Tanto los incisos b) y c) prevén la aplicación de una tasa de interés de mercado. Ha de indicarse la que fije algún banco del Estado. Igualmente, para ambos incisos, habrá de disponerse el momento a partir del cual se computa la producción del daño, así como fijar con exactitud desde cuándo se cobrará la tasa de interés, siendo lo idóneo a partir desde el momento en que aquél se produce.-

Artículo 23 .-

De las concesiones otorgadas por el MINAE

Para el otorgamiento de concesiones de aguas por parte del MINAE se exige la opinión del ICAA, pero no se establece ningún plazo para que rinda su criterio, ni si el mismo será vinculante o no.-

Se faculta, sin derecho a indemnización, al cierre de concesiones extractivas de aguas subterráneas en pozos sin protección vegetativa en un radio mínimo de 10 metros. El término cierre no se comparte; lo correcto es hablar de cancelación de concesiones.-

Al efecto se sugiere un precepto similar al del artículo 53 de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre que dispone:

"Las concesiones podrán ser canceladas por la municipalidad respectiva, o el Instituto Costarricense de Turismo o el de Tierras y Colonización según corresponda, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Por falta de pago de los cánones respectivos;
2. Por incumplimiento de las obligaciones del concesionario conforme a la concesión otorgada o su contrato;
3. Por violación a las disposiciones de esta ley o de la ley

conforme a la cual se otorgó el arrendamiento o concesión:

4. ...

5. Por las demás causales que establece esta ley."

En esos supuestos el concesionario no tendría derecho al pago de mejoras ni indemnización alguna, pasando a dominio del Estado las primeras.-

Artículo 24.-

Del cese inmediato de la actividad contaminante por el MINAE

Establece la potestad del MINAE para ordenar el cese de la actividad dañina, atribución que contradice la otorgada al ICAA por el mismo Proyecto en su artículo 21, párrafo primero. Además de resolver el conflicto, deberán dejarse a salvo las competencias singulares de otros repartos de la Administración Pública con injerencia en la materia (vgr. Ministerio de Salud, Tribunal Ambiental Administrativo, por citar algunos).-

Artículo 25.-

Del amojonamiento y expropiación de las áreas de recarga acuífera

Debe aclararse que la recuperación vegetativa de las áreas de recarga acuífera no corresponde a los entes públicos aquí mencionados, cuando las mismas han sido dañadas por los particulares.-

Tampoco se comparte la obligación de expropiar las áreas de recarga acuífera, toda vez que se tratan de limitaciones de interés social (Constitución Política, artículo 45, párrafo segundo; Ley Forestal artículo 33, inciso d) y dictamen C-042-99 de 19 de febrero de 1999).-

El precepto otorga la potestad de delimitar las áreas de recarga acuífera a las municipalidades y al ICAA. En la actualidad esa competencia pertenece al MINAE, previa consulta al ICAA, al SENARA u otra entidad competente técnicamente en materia de aguas. (Reglamento a la Ley Forestal , Decreto N° 25721 del 17 de octubre de 1996, La Gaceta N° 16 de 23 de enero de 1997, artículo 2). Por lo que corresponderá finalmente al legislador decidir en qué

órgano residirá esa atribución.-

Artículo 26.-

Penas a aplicar

Los dos primeros párrafos del artículo no tienen relación con las sanciones penales. Se recomienda incluirlos en las disposiciones del artículo 20.-

Cordialmente,

Lic. Mauricio Castro Lizano

Procurador Adjunto

e) Potestad de la Administración en cuanto el uso de los recursos hídricos

[SALA CONSTITUCIONAL]⁸

Acción de Inconstitucionalidad N.º286-94

Sociedad de Usuarios de Agua de San Juan

Exp.No.0286-M-94. No. 3793-94.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- San José, a las quince horas veintisiete minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

Acción de inconstitucionalidad promovida por OSCAR HERRERA SOTILLO, en su condición de representante legal de la SOCIEDAD DE USUARIOS DE AGUAS DE SAN JUAN NORTE Y SABANA REDONDA DE POAS, contra el inciso c.) del artículo 137 de la Ley de Aguas, número 276, de veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y dos.

Resultando:

1.- El accionante promueve acción de inconstitucionalidad contra el inciso c.) del artículo 137 de la Ley de Aguas, número 276, de

veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, el cual faculta al Servicio Nacional de Electricidad para que, de oficio o a instancia de parte, al hacer la reglamentación de las aguas de una corriente, depósito o aprovechamiento colectivo, modifique los derechos de uso de las aguas públicas, sin el correspondiente pago de daños y perjuicios, dándole con ello, efecto retroactivo a un reglamento, el cual modifica o cancela un derecho válidamente concedido y en plena vigencia, por lo que considera resulta contrario al artículo 34 Constitucional. Estima que la norma al desconocer la responsabilidad de la Administración Pública, resulta contraria al artículo 41 de la Carta Magna, y también de sus artículos 45 y 46, por impedir el pleno uso y disfrute de las propiedades beneficiadas con el derecho de utilización de las aguas, y restringir la libertad de agricultura como actividad primaria en la tierra como medio de explotación, y en consecuencia la de comercio y la de industria.

2.- Figura como asunto previo el recurso de amparo tramitado ante esta Sala bajo expediente número 156-94, que promueve la asociación accionante contra el Servicio Nacional de Electricidad.

3.- El artículo 9 párrafo primero faculta a esta Sala para rechazar de plano, en cualquier momento, las gestiones promovidas ante ella, cuando resulten evidente y manifiestamente infundadas o improcedentes.

Redacta el Magistrado Mora Mora, y;

Considerando:

I. El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional exige como requisito para interponer una acción de inconstitucionalidad, la existencia de un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive el recurso de hábeas corpus o el de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque la inconstitucionalidad de la norma cuestionada. Esta Sala ha interpretado esta exigencia de modo tal que no basta la mera existencia de un asunto pendiente de resolver, ni la simple invocación de inconstitucionalidad de la norma impugnada en dicho proceso, sea judicial o administrativo, sino que esta invocación de inconstitucionalidad debe constituir medio razonable para amparar el derecho o interés que se considera lesionado en el asunto principal. Así, la simple existencia de un asunto pendiente de resolver, o la simple invocación de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada no bastan para que se tenga por cumplido dicho requisito procesal (ver resoluciones

número 1668-90 de las catorce horas treinta minutos del veinte de noviembre, número 588-90 de las quince horas quince minutos del veintinueve de mayo, número 679-90 de las quince horas del diecinueve de junio, número 549-90 de las quince horas treinta minutos del veintidós de mayo). En el presente caso, el accionante impugna el inciso c.) del artículo 137 de la Ley de Aguas, número 276, de veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, bajo la consideración de que esta norma permite al Servicio Nacional de Electricidad modificar derechos al uso de las aguas públicas, sin el pago correspondiente de daños y perjuicios causados por tal medida, cuando haga la reglamentación de las aguas de una corriente, depósito o aprovechamiento colectivo. Sin embargo, en el recurso de amparo -tramitado bajo expediente número 156-94- que figura como asunto previo de esta acción, lo que se denuncia es la afectación de derechos sobre una concesión -uso y disfrute de un bien demanial, ya que se trata de una concesión sobre el caudal del río Poasito- en forma "intempestiva", es decir, sin mediar ciertas reglas que tutelan al afectado de la actuación de la Administración, señalando que "no resulta válido decir que se modifican ciertos caudales dados en concesión, ya que esa modificación únicamente puede resultar y ser producto de un Procedimiento Ordinario que haya cumplido con todas sus etapas: resolución inicial, audiencia con aporte de pruebas y decisión final debidamente fundamentada." En razón de lo anterior, siendo que lo que alega violado en el recurso de amparo es el debido proceso, y que la Ley de Aguas -en virtud del artículo 367.2 de la Ley General de la Administración Pública, que autoriza al Poder Ejecutivo para exceptuar de la aplicación de los procedimientos administrativos cuando estén regulados en ley especial, y del decreto ejecutivo número 8979-P, de dieciocho de diciembre de mil novecientos setenta y ocho- regula el procedimiento a seguir en el caso de que la citada institución reglamente el uso y disfrute de las aguas de una corriente, depósito o aprovechamiento colectivo en el artículo 138, que dice:

"Recibida por el Servicio Nacional de Electricidad la solicitud de derechos concedidos a terceras personas, conforme al artículo anterior, se publicará un edicto, por tres veces consecutivas, en el Diario Oficial y se notificará personalmente a los concesionarios, a fin de que en los treinta días siguientes presenten reparos y ofrezcan las pruebas pertinentes.

Pasado ese término, El Servicio Nacional de Electricidad ordenará que se reciban las pruebas y, evacuadas éstas, resolverá, debiendo

publicarse tal resolución en el Diario Oficial. Contra lo resuelto, no cabe recurso, fuera del que le queda al interesado de recurrir a la vía ordinaria para la discusión de su derecho";

no puede considerarse a esta acción como medio razonable para amparar el derecho considerado lesionado en el asunto que figura como previo de esta acción -recurso de amparo número 15-94-, pues como se indicó en esta acción de inconstitucionalidad lo que se impugna en relación con la Ley de Aguas no tiene relación alguna con el derecho considerado como lesionado en el recurso de amparo. Sin embargo, es dable aclarar que el procedimiento establecido en el artículo transcrito establece un procedimiento en el que se garantizan las garantías mínimas del debido proceso. No cumpliendo con las exigencias del artículo 75 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, procede rechazar de plano esta acción.

II. No obstante lo anterior es pertinente indicar que esta Sala ya señaló que:

"... la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o de propiedad pública o del Estado, ello por cuanto la primera es regulada de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la normativa del Código Civil pertinente, de manera que se protege la inviolabilidad de la misma, introduciéndose el concepto de función social, de manera que no se puede privar a nadie de la suya si no es motivado en un interés social y mediante ley aprobada por la Asamblea Legislativa con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Por su parte, la regulación de la propiedad demanial se fundamenta en el inciso 14.) del artículo 121 Constitucional, como ya lo indicó esta Sala por resolución número 2306-91, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos del seis de noviembre, de modo que su naturaleza jurídica es virtualmente diferente, la cual indicó que:

"El dominio público se encuentra integrado por bienes que manifiestan, por voluntad expresa del legislador, un destino especial de servir a la comunidad, al interés público. Son llamados bienes dominicales, bienes demaniales, bienes o cosas públicos, que no pertenecen individualmente a los particulares y que están destinados a un uso público y sometidos a un régimen especial, fuera del comercio de los hombres. Es decir, afectados por su naturaleza y vocación. En consecuencia, esos bienes pertenecen al Estado en el sentido más amplio del concepto, están afectados al servicio que prestan y que invariablemente es esencial en virtud de norma expresa. Notas características de estos bienes, es que son inalienables, imprescriptibles,

inembargables, no pueden hipotecarse ni ser susceptibles de gravámen en los términos de Derecho Civil y la acción administrativa sustituye a los interdictos para recuperar el dominio. Como están fuera del comercio, estos bienes no pueden ser objeto de posesión, aunque se puede adquirir un derecho al aprovechamiento, aunque no un derecho a la propiedad, el permiso de uso es un acto jurídico unilateral que lo dicta la Administración, en el uso de sus funciones y lo que se pone en manos del particular, es el dominio útil del bien, reservándose siempre el Estado, el dominio directo sobre la cosa. La precariedad de todo derecho o permiso de uso, es consustancial a la figura y alude a la posibilidad que la administración, en cualquier momento lo revoque, ya sea por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por la construcción de una obra pública al igual que por razones de seguridad, higiene, estética, todo ello en la medida que si llega a existir una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. En consecuencia, el régimen patrio de los bienes de dominio público, ... los coloca fuera del comercio de los hombres y por ello los permisos que se otorguen serán siempre a título precario y revocables por la Administración, unilateralmente, cuando razones de necesidad o de interés general así lo señalan." (Resolución número 5976-93, de las quince horas cuarenta y dos minutos del dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres.)

Por otra parte, también ha señalado que sobre tales bienes

"... el Estado tiene plena potestad, y más tratándose de la protección de los recursos naturales de nuestro país, bien sobre el que la accionante ni particular alguno tiene derecho, sea de posesión, de explotación, y mucho menos de propiedad.

...

no es posible tener por violado el artículo 45 Constitucional, ... ya que no se imponen limitaciones a la propiedad privada, sino que al regularse el dominio público, la ley lo que hace es establecer condiciones mediante las que es posible el uso y disfrute ..., por parte de los particulares. Así quien pretenda por medios no autorizados ejercer un uso privativo de esa zona tendrá vedada la posibilidad de consumarlo, pues es aceptable también, desde tiempo inmemorial, que se trata de bienes imprescriptibles en favor de particulares y que están fuera de comercio." (Resolución número 5399-93, de las dieciséis horas treinta y nueve minutos del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y tres.)

En consonancia lógica con lo anterior es que se dictaron el artículo 154 de la Ley General de la Administración Pública, la cual dispone:

"Los permisos de uso del dominio público, y los demás actos que reconozcan a un administrado un derecho expresa y válidamente a título precario, podrán ser revocados por razones de oportunidad o conveniencia sin responsabilidad de la Administración; pero la revocatoria no deberá ser intempestiva ni arbitraria y deberá darse en todos los casos un plazo prudencial para el cumplimiento del acto de revocación.";

y la norma impugnada -artículo 137 de la Ley de Aguas-, que interesa dispone:

"El Servicio Nacional de Electricidad, de oficio o a instancia de parte, está facultado para modificar, sin exponerse al pago de daños y perjuicios por ningún motivo, los derechos al uso del aguas públicas, cualesquiera que sea su título que ampare el aprovechamiento, riego, usos industriales y fuerza motriz, en los siguientes casos:

- a.) Si se necesitan las aguas para cañerías, para abastecimiento de poblaciones, abrevaderos, baños u otros servicios públicos o abastecimientos de sistema de transporte. Los solicitantes tendrán que comprobar ante el Servicio Nacional de Electricidad que no cuentan con otra fuente de abastecimiento exonómicamente utilizable para el efecto;
- b.) Cuando lo exija el cumplimiento de leyes especiales dictadas en favor de poblaciones o de la agricultura;
- c.) Al hacer la reglamentación de las aguas de una corriente, depósito o de un aprovechamiento colectivo;
- d.) Al emprender obras de utilidad pública que tengan por consecuencia el cambio de régimen de la corriente, el gobierno de las aguas, o su más racional aprovechamiento."

Nótese que el artículo 137 de la Ley de Aguas ni siquiera está contemplado la posibilidad de la revocatoria de las concesiones sobre el derecho de uso de las aguas públicas, sino únicamente su modificación, lógicamente reduciendo el caudal de los accionantes, en provecho del interés general de la comunidad, cual es el aprovechamiento y disfrute, en este caso, de las aguas del río Poasito, para que la puedan disfrutar el mayor número de personas.

Por ello, es que no puede existir violación a la propiedad privada, en primer lugar, en relación con las aguas, por cuanto se trata de un bien demanial, y con respecto a las fincas y propiedades cercanas al citado río, por cuanto el uso y disfrute de las mismas, aunque se ve perjudicado en alguna medida por la reglamentación del uso de las aguas y que se ve traducida en la disminución del caudal que tiene derecho a utilizar, lo es en razón del interés de la colectividad, y, según se dijo anteriormente, ante una contraposición de intereses entre el fin del bien y el permiso otorgado, debe prevalecer el uso natural de la cosa pública. En razón de la precariedad del título por el que el administrado puede utilizar un bien demanial, es que la Administración puede no sólo modificarle su "derecho de uso", sino hasta revocarlo, sin responsabilidad de la misma, en cualquier momento, por la necesidad del Estado de ocupar plenamente el bien, por cuanto prevalece el uso natural de la cosa pública.

Por tanto:

Se rechaza de plano la acción.

Luis Paulino Mora M.

Presidente.

R. E. Piza E. Luis Fernando Solano C.

Eduardo Sancho G. Carlos M. Arguedas R.

José Luis Molina Q. Fernando Albertazzi H.

FUENTES CITADAS

- 1 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES SOCIALES DE U.C.R. Reflexiones en torno al tratado de libre comercio, entre estados unidos y Centroamérica (TLC EUCA). [en línea] visitado el 02-06-08. Disponible en: www.iis.ucr.ac.cr/publicaciones/tlc/debate/AnalisisdelTLC.rtf
- 2 Asamblea Legislativa. Reforma artículos 131 a 135 Ley de Aguas de 1942. Ley: 5516 del 02/05/1974
- 3 Asamblea Legislativa. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP). Ley: 7593 del 09/08/1996. Fecha de vigencia desde: 05/09/1996
- 4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-060-2008. 04 de marzo de 2008
- 5 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica. OJ-019-2006. 20 de febrero de 2006
- 6 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen: C-053-2006. 14 de febrero del 2006
- 7 PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica: O.J.-038-2003 28 de febrero del 2003.
- 8 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto No. 3793-94. San José, a las quince horas veintisiete minutos del veintisiete de julio de mil novecientos noventa y cuatro.