

Informe de Investigación

TÍTULO: MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA AMBIENTAL

Rama del Derecho: Derecho Ambiental	Descriptor: Principio Precautorio
Palabras clave: Medio Ambiente, Medidas Cautelares, Derecho Ambiental, Principio Precautorio	
Fuentes: Doctrina y jurisprudencia	Fecha de elaboración: 21/06/2011

Índice de contenido de la Investigación

1. RESUMEN.....	1
2. DOCTRINA.....	1
a) Principios positivizados del Derecho Ambiental.....	1
b) Precaución y prevención.....	6
c) Características.....	8
d) Fundamento y relación con otros principios.....	9
3. JURISPRUDENCIA.....	11
a) Pese a ausencia de total certeza científica se ordenan acciones de protección del Medio Ambiente.....	11
b) Anticipación a los efectos negativos para garantizar la protección y buena gestión de los recursos.....	14
c) Sustento constitucional de las medidas cautelares.....	37

1. RESUMEN

En el siguiente informe se realiza una recopilación doctrinal y jurisprudencial sobre la aplicación de las medidas cautelares en consonancia con el principio precautorio en materia ambiental. En este sentido, se examina el sustento teórico de esta figura, analizando su fundamento, características y principales manifestaciones. Posteriormente, se agregan diversos criterios jurisprudenciales acerca de la aplicación práctica de las medidas cautelares para proteger el Medio Ambiente y su sustento constitucional.



2. DOCTRINA

a) Principios positivizados del Derecho Ambiental

[JORDANO FRAGA, J.]¹

“ En nuestro ordenamiento hasta el momento han recibido el reconocimiento legislativo los siguientes principios:

— La preservación, restauración y mejora del medio ambiente como principio general objeto de constitucionalización. A lo largo de los diferentes capítulos de esta obra, y sobre todo, en el comienzo de ésta, hemos ido avanzando el significado del artículo 45 CE. El artículo 45 CE además de reconocer el derecho a un medio ambiente adecuado al desarrollo de la persona es un principio informador de todo nuestro ordenamiento, que actúa tanto en el momento creador del derecho como en el de su aplicación (art. 53 CE).²⁵⁴ La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido ese carácter principal en la Sentencia 170/1989 de 19 de octubre. En el fundamento jurídico séptimo de esta Sentencia nuestro Alto Tribunal afirma:

Como la propia demandante mantiene, lo que subyace en este motivo del recurso es un enfrentamiento entre dos principios y mandatos constitucionales, el de la protección del medio ambiente (art. 45) y lo ordenado por el artículo 128, 1 de la Norma fundamental sobre recursos naturales, que no pueden sustraerse a la riqueza del país si el Estado los considera de interés general.

En realidad, la preservación, restauración y mejora del medio ambiente como principio general objeto de constitucionalización es algo obvio.²⁵⁵ Más que ante un principio del Derecho ambiental estamos ante un principio de nuestro ordenamiento jurídico consagrado en la Constitución.²⁵⁶ No debe extrañar el significado constitucionalmente polivalente de la protección del medio ambiente (como principio y como función pública). Si reflexionamos sobre otros principios existentes en nuestro ordenamiento, veremos cómo este fenómeno no es en absoluto excepcional.²³⁷ El legislador ordinario ha procedido a plasmar el principio en la normativa implementadora del precepto constitucional que venimos examinando. En este sentido el artículo 2, 1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, dispone:

Son principios inspiradores de la presente Ley los siguientes:

- a) El mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos.
- b) La preservación de la diversidad genética.

c) La utilización ordenada de los recursos, garantizando el aprovechamiento sostenido de las especies y de los ecosistemas, su restauración y mejora.

d) La preservación de la variedad, singularidad y belleza de los ecosistemas naturales y del paisaje.

En definitiva, en este precepto legal se han plasmado los ejes del artículo 45 de la CE, la preservación o conservación, la restauración y la mejora o promoción del medio ambiente.

— Los principios de acción preventiva y corrección en la fuente. Los principios de acción preventiva y corrección en la fuente han sido adoptados por el artículo 130 R. 2 del título VII del Tratado de Roma tras su reforma operada por el Acta Única.²⁵⁸ Disponía este precepto que:

La Acción de la Comunidad, en lo que respecta al medio ambiente, se basará en los principios de acción preventiva, de corrección, preferentemente en la fuente misma, de los ataques al medio ambiente y de quien contamina, paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente serán un componente de las demás políticas de la Comunidad.²⁵⁹

En el Tratado de la Unión Europea, más conocido por Tratado de Maas-tricht, el precepto 130 R. 2, dentro su título XVI, «Medio ambiente», ha sido redactado de la forma siguiente:

La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela²⁶⁽¹⁾ y acción preventiva, en el principio de corrección de los ataques al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina, paga. Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

¿Supondrá este precepto la consagración de una calidad ambiental comunitaria «a dos velocidades»?

El principio de prevención adoptado tanto en el plano nacional, como en el comunitario e internacional «supone una estrategia de acción que se traduce en preferencia por la actuación previa al deterioro ambiental».²⁶¹ Podría dudarse de su carácter de principio en el sentido jurídico de la expresión antes indicado. Sin embargo, este principio es susceptible de ser aplicado en la interpretación de las normas. En cualquier momento en que surja un conflicto entre los objetivos de reparación o prevención, el principio obligará al intérprete a inclinarse por el sentido preventivo.²⁶² Para Wilkinson, la aplicación del principio de prevención en la práctica no es algo claro, aunque al menos debería incluir la exigencia de la



adopción de medidas de protección antes de que los riesgos ambientales específicos sean evidentes y la imposición de la carga de la prueba al contaminador de que los daños ambientales no se producirán.²⁶³

— El principio «quien contamina, paga». En la actualidad, el principio «quien contamina, paga» se encuentra plasmado al más alto nivel posible en el Derecho comunitario. La reforma del Tratado de Roma, operada por el Acta Única, ha consagrado, como hemos visto, en el artículo 130 R. 2 del título VII del Tratado, dicho principio.²⁶⁴

Este principio significa optar, entre las diversas alternativas posibles de atribución de los costos de descontaminación (sociedad en su conjunto - contaminador directo), por la solución en la que los costos se imputan al sujeto contaminador.²⁶⁵ Sin embargo, un debate de tal complejidad y trascendencia no suele tener una respuesta tan sencilla.²⁶⁶ Por eso, los detractores de este principio suelen argüir que supone una alienación de la responsabilidad colectiva, pues si es cierto que el industrial que adopta un proceso de fabricación contaminante es directamente responsable de sus efectos, no es menos cierto que la sociedad en cuanto consumidora de los bienes y servicios producidos es al menos cómplice de los resultados.

Estas consideraciones, unidas a otras con efectividad en los resultados, han llevado a una relativización del principio. Como señala Reh binder, «el principio no es absoluto. A menudo se aplica el principio de "responsabilidad común", lo que significa que la sociedad soporta los costes de la protección ambiental».²⁶⁷

Por otro lado, el principio «quien contamina, paga», como principio del Derecho ambiental, adolece de cierto apego a lo sectorial. Formulado en los comienzos del Derecho ambiental, nominalmente se encuadra en uno de los problemas medioambientales que fueron un primer objeto de tratamiento. Sin embargo, la contaminación no abarca todos los posibles fenómenos del deterioro ambiental, que desbordan el campo de las emisiones nocivas (así, por ejemplo, la acción de matar a una especie protegida o de destruir su hábitat es una agresión al medio ambiente, en cuanto atentado a la diversidad genética que no encaja en absoluto en los fenómenos de polución). Como principio del Derecho ambiental quizá sea preferible hablar en vez de «quien contamina, paga», de «quien deteriora el medio ambiente, responde y lo restaura».²⁶⁸

En nuestro ordenamiento jurídico son manifestaciones del principio «quien contamina, paga» el canon de vertidos para las aguas continentales, regulado en el artículo 105 de la Ley 29/1985 de 2 de agosto de aguas, y los artículos 289 a 295 del Reglamento del dominio público hidráulico, aprobado por el RD 849/1986 de 11 de abril. El modelo instaurado que representa el canon de vertidos de la Ley de aguas ha sido calcado por la legislación de costas dando lugar a un mimético

canon de vertidos para las aguas marítimas, regulado por el artículo 85 de la Ley 22/1988 de 28 de julio de costas.²"

La afección de los fondos recaudados para la preservación del medio ambiente ha modificado la concepción inicial recaudatoria (en cuanto mecanismo de obtención de ingresos públicos) o compensatoria (en cuanto instrumento reparador de daños patrimoniales colaterales a la agresión ambiental, como es el caso del canon por daños a la riqueza piscícola).

La afirmación correlativa del principio de solidaridad colectiva ha provocado la relativización positiva del principio «quien contamina, paga». ²⁷⁰ De esta forma, el significado de este último principio tiende a desplazarse a la esfera estricta de la responsabilidad por daños producidos al medio ambiente.

— El principio de unidad de gestión. El modelo que representa la Administración ambiental por agencia es un intento de realización del principio de unidad de gestión o de gestión integrada. Este principio fue formulado por la Environmental Policy Act de 1969. La Administración ambiental y la doctrina española recogieron dicho principio como una aspiración deseable. En la adopción de este principio han influido decisivamente los estudios destinados a la reforma de la Administración ambiental.²⁷¹

El principio de unidad de gestión en la organización administrativa ambiental implica la adaptación de la estructura administrativa al carácter globalizador e integrador del medio ambiente. Por eso una de las principales consecuencias de este principio es la tendencia a la concentración de las competencias ambientales sobre el medio ambiente de cada nivel administrativo (estatal, autonómico o local). En puridad, la adopción de dicho principio excluiría algunas de sus malinterpretaciones tales como aquella que considera que esa concentración de competencias es susceptible de compartimentalizarse por recursos.²⁷² Ello no es más que una utilización exclusivamente terminológica de la expresión «medio ambiente» y una vuelta al inicial tratamiento sectorializado en la evolución del concepto.

El principio de unidad de gestión ha sido recogido expresamente por algunas de las normas instauradoras de las agencias. Este es el caso, por ejemplo, de la Ley 6/1984, de creación de la AMA de Andalucía, que en su exposición de motivos afirma:

Al respecto, y de entre las distintas alternativas, la experiencia acumulada aconseja optar por un modelo de organización que responda al principio de unidad de gestión... Como tal debe entenderse la unificación de la acción ambiental de una Administración Pública mediante la concentración de competencias relativas a esta materia en un solo organismo administrativo.

En el Derecho comparado puede hablarse de una tendencia a la reagrupación o integración en un órgano, ya un ministerio, ya una agencia (Italia, Francia, EE.UU., Gran Bretaña), constituyendo una vez más nuestro país una lamentable excepción.²⁷³ La deseable coordinación departamental no debe ser una aspiración basada en elementos estrictamente organizativos. Los instrumentos de coordinación funcional deben alcanzarse a través de la planificación, los convenios, la evaluación de impacto ambiental, etc.”

b) Precaución y prevención

[LOPERENA ROTA, D.]²

“Este principio aparece también en el Tratado de la Comunidad Europea. En realidad, es una aplicación específica de un principio general del Derecho referente a los usufructuarios o poseedores de bienes que no les pertenecen o que en el futuro esperan otros propietarios. Cuando nuestro Código civil llama al usufructuario a cuidar las cosas dadas como un buen padre de familia (art. 497), o exige que el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, no hace otra cosa que exigir una prudencia o precaución que también es exigible a quienes podemos afectar a la biosfera, que en mayor o menor medida lo somos todos⁹³.

En materia ambiental existen unos riesgos ciertos e incertidumbre científica sobre el alcance de algunos daños que se están produciendo. El principio de precaución exige que cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, se evite la misma, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño, científicamente no comprobado todavía, no llegue a producirse. Para L. Kramer, a diferencia del principio de prevención, el de precaución afecta a toda la política ambiental, mientras que aquél sería aplicable a cada medida singular. A mi juicio, sin embargo, la aplicación del principio de precaución también puede evaluarse en cada horma concreta, como se puede hacer un juicio sobre la prudencia de cada decisión en la administración de los bienes realizada por un albacea⁹⁴.

Como nos recuerda P. SANDS, el principio de precaución en materia ambiental fue formulado por la doctrina alemana (Vorsorgeprinzip) sobre la base de la falta de certeza científica de la inocuidad de algunas actividades o productos desarrollados por la especie humana. Dos son los problemas principales que plantea su aplicación⁹⁵. Por un lado, qué debe entenderse por certeza científica. En sentido estricto, la certeza absoluta no existe en ningún campo, ni tampoco en el ambiental. Hay, pues, que hacer una ponderación en el sí o el no de la certeza. Pero, por el otro, debemos convenir sobre si la certeza se proyecta sobre el peligro o el no peligro. Si se exige una ponderada certeza del peligro, sólo después de

experimentar graves daños, podría aplicarse el principio. En cambio si se exige la certeza del no peligro, se paralizaría el uso de gran parte de los ingenios construidos o productos elaborados por el hombre. Hay, pues, otro difícil punto de equilibrio que alcanzar. De acuerdo con A. Kiss, cuando hay ausencia de certeza científica, la responsabilidad de decidir queda en manos de los gobernantes⁹⁶.

La biotecnología es ya uno de los debates más duros, que se va a prolongar en los próximos años. Sus defensores alegan que siempre se ha utilizado y que es la única manera de abastecer de alimentos a toda la población. Sus detractores, apelando a este principio de precaución, señalan que las consecuencias en cadena que se desarrollarán a partir de organismos modificados genéticamente son imprevisibles y muy peligrosas. Entre el no a todo y la dispersión incontrolada de «nuevos» seres vivos debe haber un punto de equilibrio que ha de encontrarse.

Este principio se halla en la Declaración de Río núm. 15:

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costes para impedir la degradación del medio-ambiente.

6. Prevención

La prevención, al contrario que la precaución, se proyecta sobre consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades.

El tratar de evitarlas con anticipación es una exigencia de la racionalidad. El ejemplo más típico de procedimiento tendente a evitar consecuencias no deseables es el de la evaluación del impacto ambiental. De todos modos, conviene distinguir entre los procedimientos orientados a la prevención y las medidas mismas de prevención, que en el ejemplo puesto serían las determinadas en la Declaración del impacto ambiental.

L. Kramer señala las siguientes formas de prevención en el Derecho europeo:

- Notificación de los proyectos legislativos de los Estados miembros para que la Comunidad aprecie la conveniencia de adoptarlo para todo el conjunto.
- La evaluación del impacto ambiental de los proyectos de importantes infraestructuras.
- Medidas exigidas a las industrias para prevenir accidentes mayores.
- Obligación previa de notificar a las autoridades la salida al mercado o a la exportación de ciertos productos.

- Medidas restrictivas en el transporte de residuos.
- Instrumentos sancionatorios, especialmente las multas 98.

En realidad, la mayor parte de las técnicas de intervención administrativa están orientadas a prevenir el deterioro ambiental. Así, los permisos, autorizaciones o licencias. El debate sobre su naturaleza jurídica surge inmediatamente. En Derecho administrativo suele entenderse que hay un derecho precedente y que la licencia simplemente reconoce su ejercicio bajo ciertas limitaciones en defensa del interés general o de los derechos de los demás. Y esto vale también en nuestro caso, pero sólo parcialmente. Porque el derecho a contaminar en sentido estricto no existe, y mucho menos reconocido con carácter general. Lo que sí está reconocido es el derecho a disfrutar del medio ambiente, a utilizar los recursos naturales en el marco del ordenamiento jurídico. Una emisión de gases, como es el hecho de respirar, o cualquier vertido fluvial, es un derecho que puede ejercerse en el marco de las limitaciones legales generales o de las específicas de la licencia, teniendo en cuenta que la contaminación empieza como daño donde acaba la capacidad autodepurativa del medio o aparece el riesgo para la salud pública. Desgraciadamente, las licencias autorizan en muchos casos más de lo que la capacidad autodepurativa permite. Son contaminaciones legales. Por cierto que aquí hay que recordarle el concepto de daño ambiental es más amplio que el de contaminación, ya que el Tribunal Supremo ha reconocido responsabilidad civil por daños causados por emanaciones ajustadas a la normativa administrativa. Prueba más que palpable de que los estándares de emisión están erróneamente regulados, al menos desde la perspectiva ambiental.”

c) Características

[MILANO SÁNCHEZ, A.]³

“A pesar de la natural tendencia de estimar que las medidas precautorias conducen a la Administración, irremediable y exclusivamente, a adoptar medidas de carácter prohibitivo, lo cierto es que conforme al Principio Precautorio, existe otro tipo de medidas capaces de manejar de forma anticipativa, circunstancias en las cuales el riesgo no puede ser claramente definido.

Se ha señalado¹⁰², aludiendo inclusive a antecedentes históricos relativos a la fase de la *prévoyance* antes aludida, a medidas consistentes en obligaciones de hacer. Se trata de aquellas obligaciones que derivan de la legislación de riesgos del trabajo, como antecedentes que permiten evidenciar la amplia gama de medidas que pueden sustentarse en el Principio de Precaución.

Pontier⁰³ llega inclusive a enumerar las distintas fórmulas seguidas para la puesta en operación del Principio. Así, habla de las prohibiciones, el consentimiento del

fabricante a sujetarse a controles en el proceso de fabricación, la homologación, el régimen de la declaración y los planes. Se busca, en general, adoptar una conducta productiva sujeta a la trazabilidad de los procesos productivos, de modo que exista evidencia de los distintos pasos seguidos hasta la puesta del producto en el mercado. Esto incluye la fase de autorización del producto para ser introducido al mercado por primera vez y también, en el curso de su masiva puesta a disposición del consumidor¹⁰⁴.

Interesa destacar con Franc, que la base sobre la cual se asienta la eficaz puesta en acción del Principio, parece exigir, tendencialmente, un refuerzo de los poderes de policía administrativa especial (ambiental, sanitaria), lo cual se refleja en el desarrollo de las aludidas medidas de policía, así como en la conformación de órganos de la administración de carácter especializado y con un alto grado de independencia¹⁰⁵, ante los cuales han de cumplirse procedimientos precautorios de previo a la puesta en el mercado de determinados bienes.

Se produce así una transformación -ante el aumento de complejidad del entorno- de los tradicionales métodos de policía administrativa, transformación que se manifiesta en tres distintos campos del Derecho Administrativo :

a.- en el de los sujetos: se acogen nuevos criterios en la creación de centros de acción, a los cuales ahora se les reconoce un amplio grado de independencia y una conformación según un criterio de idoneidad científica y no política;

b.- en las formas de actuación administrativa: se asignan competencias y medios para su ejercicio, que involucran nuevas formas de regulación otrora inexploradas, tales como la exigencia de planes, trazabilidad en los procesos productivos, controles de calidad y vigilancia continua y compartida de la autoridad y del fabricante, del comportamiento del producto una vez puesto en el mercado -biovigilancia, farmacovigilancia-;

c.- en el procedimiento de autorización: se refuerza un proceso de evaluación sistemática, caso por caso, introduciéndose la noción de la progresión por etapas, de modo que la puesta en el mercado de un producto, es posible, tan sólo, una vez que se haya logrado cumplir con éxito, las distintas evaluaciones que gradualmente deben irse realizando en cada etapa del procedimiento.”

d) Fundamento y relación con otros principios

[CEPAL]⁴

“Más allá del origen y desarrollo del Vorzorgeprinzip podrían esbozarse otras aproximaciones al sentido del principio precautorio que a su vez faciliten la comprensión de sus relaciones con otros principios vinculados al derecho y la política ambiental.



Parecería que la esencia del principio precautorio está en la cautela de la equidad en el acceso a los distintos bienes ambientales y una motivación de solidaridad que lleva a evitar que el abuso de un agente pueda en definitiva, menoscabar las posibilidades de uso por el resto de la sociedad. El Estado asumiría entonces el papel del "buen padre de familia" que vela por la justa distribución del patrimonio natural entre todos los habitantes.

El principio precautorio, al igual que el del pago por el uso de la capacidad ambiental, enunciado como "el que usa los recursos naturales paga" como forma ampliada y técnicamente más correcta del "que contamina paga", de acuerdo a la propuesta del Capítulo 8 del Programa 21 (NU, 1998a) aparecen como las salvaguardias exigidas por la comunidad a aquél de sus miembros que va a hacer uso de los bienes comunes. Los bienes comunes constituyen una institución social fundamental con una historia que se remonta a la experiencia colonial británica y que encuentra sus raíces justamente en la expansión de Roma (Hardin y Badén, 1977).

Dicha normativa reconocía que en las sociedades existen algunos bienes que nunca han sido ni deberían ser de propiedad o decisión exclusiva de ningún individuo o grupo de individuos. En Inglaterra, un ejemplo clásico son los campos de pastoreo apartados para el uso público en donde "la tragedia de los comunes" la constituye el hecho de que el exceso de pastoreo, la falta de cuidado y de fertilización, determinará erosión y bajo rendimiento, ya que cada propietario de animales evaluará aisladamente el impacto de agregar un animal más a la pradera sin conciencia de que los demás pueden estar decidiendo también adicionar más animales con consecuencias globalmente nefastas.

Hardin aplica esta institución a otros objetos ambientales como el agua, la atmósfera y el espacio vital, situando el origen de la tragedia en el nefasto divorcio entre las ciencias naturales y sociales, cuya acción conjugada podría dar respuesta eficiente a muchos dilemas de la sociedad contemporánea.

De esta forma, aquel que hace uso de un bien común en un grado susceptible de afectar los derechos de los demás sobre ese bien, debe tomar las necesarias providencias para evitar que esa acción los menoscabe de cualquier forma (Artigas, 1993).

Podría decirse, parafraseando a los padres de la Iglesia Católica, quienes postulaban que sobre el ámbito de acción privada existía una suerte de hipoteca social, que sobre los bienes comunes o ambientales pende un deber de tutela común que principios como el precautorio buscan hacer efectivo.

La Conferencia Mundial de Ciencia (UNESCO, 1999) en su programa-marco para la acción, bajo el capítulo de la Ciencia para la Paz y el Desarrollo (ciencia, medio ambiente y desarrollo sostenible) destacó el papel del principio precautorio como

una guía importante en el manejo de la inevitable incertidumbre científica, especialmente en situaciones de impactos potencialmente irreversibles o catastróficos.”

3. JURISPRUDENCIA

a) Pese a ausencia de total certeza científica se ordenan acciones de protección del Medio Ambiente

[SALA CONSTITUCIONAL]⁵

“II.- ACERCA DE LA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 50 CONSTITUCIONAL EN EL CASO CONCRETO. En el presente asunto, los tutelados alegan vulnerado su derecho a disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, dado que, según su dicho, las autoridades recurridas, a la fecha y, a pesar de las solicitudes planteadas en ese sentido, no han realizado las gestiones necesarias a efecto de mitigar la contaminación y malos olores que produce el depósito de todo tipo de desechos que se lleva a cabo en el costado este del Hospital Max Peralta de Cartago, los cuales, además, recorren el cordón del caño hacia el sur hasta llegar a su casa de habitación. Sobre el particular, este Tribunal Constitucional estima que llevan razón los recurrentes en su alegato. Lo anterior, en primer término, por cuanto, de la prueba allegada a los autos, se tiene plena e idóneamente acreditado que aún cuando desde abril de 2004 se denunció la situación en cuestión ante la Municipalidad y el Área Rectora de Salud, ambas de Cartago, no fue sino hasta el mes de junio del año en curso -luego de transcurridos más de 5 años-, que las autoridades recurridas dispusieron realizar algún tipo de acciones, concretamente, el cambio de una tapa de un pozo de registro de aguas negras ubicado 50 metros al norte de la casa de habitación del recurrente Loría Arias, así como, en el mes de agosto -con ocasión del amparo-, una inspección en el lugar denunciado y en algunas clínicas privadas cercanas a efecto de verificar si contaban con los respectivos permisos sanitarios y funcionaban correctamente los mecanismos de tratamiento de aguas residuales. Acciones que, además, demostraron no ser relevantes, de modo alguno, para atender la problemática denunciada. Esto, si se toma en consideración que este Tribunal Constitucional no tuvo, paralelamente, por acreditado, que las autoridades recurridas hayan logrado descartar, efectivamente, que en los lugares alegados por los recurrentes no se existan desechos que produzcan contaminación y malos olores. Lo anterior, toda vez que, en los autos constan informes suscritos por los funcionarios de ambas entidades encargados de atender las denuncias mencionadas, donde afirman no haberse podido establecer, de forma certera, la “(...) existencia de una descarga o



presencia de desechos en el alcantarillado pluvial o bien a cielo abierto provenientes del Hospital Max Peralta Jiménez (...). Posición que, incluso, reafirma el Director del Área Rectora de Salud de Cartago al indicar, expresamente, en su informe que no se ha logrado corroborar la existencia del problema denunciado, por lo que, dispondrá la realización de algunas medidas en ese sentido. Bajo tal orden de consideraciones, nos encontramos frente a un claro e indubitable estado de incertidumbre científico y técnico en punto a los riesgos y contaminación ambiental que pueda ocasionar el presunto depósito de desechos que se realiza al costado este del Hospital Max Peralta de Cartago. Situación anterior que impone, inevitablemente, aplicar el principio precautorio arriba señalado y, en ese particular, declarar con lugar el recurso planteado, en lo que a este extremo se refiere, en virtud de lo dispuesto en el numeral 50 de la Constitución Política.

VIII .- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA . Este Tribunal Constitucional, con redacción del Magistrado Jinesta Lobo, en la sentencia No. 02120-03 de las 13:30 hrs. del 14 de marzo del 2003, estimó lo siguiente:

“(...) I.- TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD ADMINISTRATIVAS. En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, todos y cada uno de los entes y órganos públicos que conforman la administración respectiva, deben estar sujetos a los principios constitucionales implícitos de la transparencia y la publicidad que deben ser la regla de toda la actuación o función administrativa. Las organizaciones colectivas del Derecho Público –entes públicos- están llamadas a ser verdaderas casas de cristal en cuyo interior puedan escrutar y fiscalizar, a plena luz del día, todos los administrados. Las administraciones públicas deben crear y propiciar canales permanentes y fluidos de comunicación o de intercambio de información con los administrados y los medios de comunicación colectiva en aras de incentivar una mayor participación directa y activa en la gestión pública y de actuar los principios de evaluación de resultados y rendición de cuentas actualmente incorporados a nuestro texto constitucional (artículo 11 de la Constitución Política). Bajo esta inteligencia, el secreto o la reserva administrativa son una excepción que se justifica, únicamente, bajo circunstancias calificadas cuando por su medio se tutelan valores y bienes constitucionalmente relevantes. Existen diversos mecanismos para alcanzar mayores niveles de transparencia administrativa en un ordenamiento jurídico determinado, tales como la motivación de los actos administrativos, las formas de su comunicación –publicación y notificación-, el trámite de información pública para la elaboración de los reglamentos y los planes reguladores, la participación en el procedimiento administrativo, los procedimientos de contratación administrativa, etc., sin embargo, una de las herramientas más preciosas para el logro de ese objetivo lo constituye el derecho de acceso a la



información administrativa.

II.- EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. El ordinal 30 de la Constitución Política garantiza el libre acceso a los “departamentos administrativos con propósitos de información sobre asuntos de interés público”, derecho fundamental que en la doctrina se ha denominado derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, sin embargo, la denominación más acertada es la de derecho de acceso a la información administrativa, puesto que, el acceso a los soportes materiales o virtuales de las administraciones públicas es el instrumento o mecanismo para alcanzar el fin propuesto que consiste en que los administrados se impongan de la información que detentan aquéllas. Es menester indicar que no siempre la información administrativa de interés público que busca un administrado se encuentra en un expediente, archivo o registro administrativo. El derecho de acceso a la información administrativa es un mecanismo de control en manos de los administrados, puesto que, le permite a éstos, ejercer un control óptimo de la legalidad y de la oportunidad, conveniencia o mérito y, en general, de la eficacia y eficiencia de la función administrativa desplegada por los diversos entes públicos. Las administraciones públicas eficientes y eficaces son aquellas que se someten al control y escrutinio público, pero no puede existir un control ciudadano sin una adecuada información. De este modo, se puede establecer un encadenamiento lógico entre acceso a la información administrativa, conocimiento y manejo de ésta, control ciudadano efectivo u oportuno y administraciones públicas eficientes. El derecho de acceso a la información administrativa tiene un profundo asidero en una serie de principios y valores inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho, los cuales, al propio tiempo, actúa. Así, la participación ciudadana efectiva y directa en la gestión y manejo de los asuntos públicos resulta inconcebible si no se cuenta con un bagaje importante de información acerca de las competencias y servicios administrativos, de la misma forma, el principio democrático se ve fortalecido cuando las diversas fuerzas y grupos sociales, económicos y políticos participan activa e informadamente en la formación y ejecución de la voluntad pública. Finalmente, el derecho de acceso a la información administrativa es una herramienta indispensable, como otras tantas, para la vigencia plena de los principios de transparencia y publicidad administrativas. El contenido del derecho de acceso a la información administrativa es verdaderamente amplio y se compone de un haz de facultades en cabeza de la persona que lo ejerce tales como las siguientes: a) acceso a los departamentos, dependencias, oficinas y edificios públicos; b) acceso a los archivos, registros, expedientes y documentos físicos o automatizados –bases de datos ficheros-; c) facultad del administrado de conocer los datos personales o nominativos almacenados que le afecten de alguna forma, d) facultad del administrado de rectificar o eliminar esos datos si son erróneos, incorrectos o falsos; e) derecho de

conocer el contenido de los documentos y expedientes físicos o virtuales y f) derecho de obtener, a su costo, certificaciones o copias de los mismos.

III.- TIPOLOGIA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA. Se puede distinguir con claridad meridiana entre el derecho de acceso a la información administrativa (a) ad extra –fuera- y (b) ad intra –dentro- de un procedimiento administrativo. El primero se otorga a cualquier persona o administrado interesado en acceder una información administrativa determinada – uti universi- y el segundo, únicamente, a las partes interesadas en un procedimiento administrativo concreto y específico –uti singuli-. Este derecho se encuentra normado en la Ley General de la Administración Pública en su Capítulo Sexto intitulado “Del acceso al expediente y sus piezas”, Título Tercero del Libro Segundo en los artículos 272 a 274 (...).”

IX .- TOCANTE A LA VULNERACIÓN DEL NUMERAL 30 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA EN EL CASO CONCRETO. De otra parte, de los hechos que constan en autos se encuentra plenamente acreditado -en claro quebranto al derecho de acceso a la información administrativa-, que, a la fecha de rendido el informe de ampliación requerido al Técnico de Gestión Ambiental del Área Rectora de Salud de Cartago, sea, el 31 de agosto de 2009, la copia del informe solicitado por el tutelado el 17 de junio de ese mismo año, no le había sido aún brindada. Informe que, en criterio de esta Sala, reviste un claro e inequívoco interés público, por cuanto, está referido a un estudio efectuado sobre el vertido de aguas negras en el cordón de caño que va a dar hacia el sur del Hospital Max Peralta, el que, a su vez, sin duda alguna, se encuentra relacionado, íntimamente, con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Así las cosas, este Tribunal estima que, en la especie, se ha quebrantado el derecho fundamental del tutelado Loría Arias consagrado en el numeral 30 de la Constitución Política.”

b) Anticipación a los efectos negativos para garantizar la protección y buena gestión de los recursos

[SALA PRIMERA]⁶

III.- En su primer reparo, alega el casacionista el vicio de incongruencia, así como quebranto de los numerales 24 inciso 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA); 153 y 155 del Código Procesal Civil. Lo anterior, apunta, porque la sentencia de segunda instancia no resuelve todos y cada uno de los puntos o motivos objeto de impugnación en el recurso de alzada incoado por la actora. Es omisa en resolver la corrección y ampliación, tanto de los fundamentos como de los motivos de impugnación, esgrimidos ante al Ad quem en tiempo y forma, en el escrito de expresión de agravios (folios 624 a 637). Transcribe los agravios séptimo y octavo de ese memorial. Según consta en



escrito de folios 662 a 664, se solicitó aclaración y adición, con nulidad concomitante, contra la sentencia ahora impugnada. Ello, para los efectos de lo estipulado en el canon 64 de la LRJCA, en relación con los numerales 158, 594 inciso 3) párrafo segundo y 598 párrafo tercero del Código Procesal Civil. No obstante, afirma, los juzgadores de segunda instancia, de manera indebida, declinaron tal gestión en auto número 13-2008 de las 15 horas del 2 de septiembre de 2008. El interés jurídico en el reclamo, anota, el perjuicio sufrido y/o el agravio ocasionado a los intereses y/o derechos (fundamentales) de su representada con el error procedimental contenido en la sentencia atacada, consiste en la trasgresión al debido proceso, constitucionalmente garantizado, al no resolverse todos y cada uno de los puntos o motivos que fueron objeto de impugnación en el recurso vertical. Esta circunstancia, manifiesta, provoca la nulidad del fallo recurrido, por constituir, no solo un vicio esencial para la ritualidad o marcha del procedimiento, sino también, y sobre todo, por haber causado indefensión a su poderdante, toda vez que fue omiso en resolver la corrección y ampliación, tanto de los fundamentos, como de los motivos de impugnación esgrimidos en el escrito denominado “SE EXPRESAN AGRAVIOS” de fecha 7 de diciembre de 2006. Se causó indefensión a la parte actora, concluye, porque en la sentencia de segunda instancia no se resolvieron todos y cada uno de los motivos de impugnación.

IV.- A la luz de lo expuesto en el considerando anterior, el quid de lo alegado por el casacionista, estriba en que el fallo impugnado padece el vicio de incongruencia porque omitió resolver los puntos séptimo y octavo invocados en el escrito de expresión de agravios. Al respecto, precisa indicar que esta Sala, desde épocas pretéritas, y de forma reiterada, ha indicado que este vicio de actividad estriba en la falta de relación entre lo pedido por las partes, no a lo largo del proceso, sino en sus escritos de demanda o contrademanda, como en sus respectivas contestaciones, y lo resuelto en el fallo; no porque en éste se decida algo diferente a lo querido por los litigantes, sino porque se omite pronunciamiento sobre algún extremo sometido a debate, o se otorga más de lo pedido, o porque lo resuelto no guarda correspondencia con lo pretendido, o porque contiene disposiciones contradictorias. Dicho en otros términos, no hay incongruencia entre las consideraciones de la sentencia y lo resuelto en la parte dispositiva. La LRJCA extiende ese principio al preceptuar, mediante disposición del artículo 24 párrafo primero, que el órgano jurisdiccional, además, debe resolver dentro del ámbito de las alegaciones deducidas por las partes para fundamentar la acción y la oposición. En relación, pueden consultarse, entre otras sentencias, las números 551 de las 14 horas del 16 de septiembre de 1999; 230 de las 11 horas 20 minutos del 31 de marzo de 2004; 886 de las 11 horas 40 minutos del 17 de noviembre de 2005 y 544 de las 8 horas 20 minutos del 3 de agosto de 2007. Como se indicó, la supuesta omisión del Tribunal se refiere a dos agravios aducidos en el escrito de expresión de agravios, no en la demanda, por lo tanto, el vicio de incongruencia no

se configura. Dentro de esta línea de ideas, si bien lo alegado es un aspecto de orden procesal (omisión en resolver dos motivos de disconformidad alegados en segunda instancia), no se encasilla en ninguna de las causales por motivos procesales previstas en el numeral 594 del Código Procesal Civil. Ergo, se impone el rechazo del reparo de mérito. En todo caso, el presente motivo de disconformidad tampoco resulta procedente. Como lo señaló el Ad quem en la resolución de las 15 horas del 2 de septiembre de 2008 (folio 665), mediante la cual resuelve las gestiones de adición y aclaración presentadas por ambas partes, concretamente la de la empresa actora en el considerando II, contrario a lo afirmado por el casacionista, lo que se echa de menos sí fue debidamente analizado y resuelto en el fallo ahora impugnado en su apartado VIII. Ahí se brindaron las razones por las cuales, los juzgadores de segunda instancia, no comparten el criterio del A quo, en el sentido de que la petición de reconocimiento de los daños y perjuicios causados, al resultar accesoria de la anulatoria, no era de recibo, al haber sido rechazada ésta; por lo que la demandante sólo tiene derecho a recibir un 50% del valor fijado por los peritos del Banco Nacional de Costa Rica respecto de los semovientes afectados en concepto de indemnización, conforme lo preceptuado en los artículos 2 al 7 de la Ley número 1207.

[...]

VI .- A tenor del fundamento de la protesta, es preciso anotar lo siguiente. Reiteradamente, este órgano jurisdiccional ha señalado que el recurso de casación por el fondo se otorga por violación de la ley sustantiva. La vulneración legal puede ser directa o indirecta. Esta última se produce a través de yerros cometidos al apreciar las pruebas, los cuales pueden ser de hecho o de derecho. Se da el primero cuando el Juzgador incurre en desaciertos materiales al apreciar los elementos de convicción, cual sería, por ejemplo, endosar a los declarantes afirmaciones no emitidas por ellos o atribuir a un documento un contenido inexistente. Por su parte, el error de derecho estriba en otorgarle a la probanza un valor legalmente indebido, o en negarle el propio. Cuando se alega, es necesario indicar las normas infringidas concernientes al valor de los elementos probatorios apreciados erróneamente, y en las dos clases de errores, de hecho o de derecho, es indispensable señalar también las leyes infringidas en cuanto al fondo, como consecuencia de los errores de apreciación reclamados. Asimismo, ha de señalarse de manera precisa cuáles fueron las pruebas mal apreciadas y en qué consisten los yerros cometidos (artículos 595 inciso 3) y 596 del Código Procesal Civil).

VII.- Los juzgadores de las instancias, en el hecho probado antecedido con el número 20 indicaron: “que las tuberculinas utilizadas y aplicadas a los animales de las partes actora, son importadas desde México para uso exclusivo de la Dirección de Salud Animal del Ministerio de Agricultura y Ganadería, programa oficial de

combate de la tuberculosis, al amparo y autorización de la Ley No 1207 de 4 de octubre de 1950; provienen de la Productora Nacional de Biológicos Veterinarios, amparados a un certificado de calidad, estableciéndose en los mismos la potencia de la dosis, para ser verificado su ajuste a los estándares de la Oficina Internacional de Epizootias”.(Lo subrayado es suplido). Su sustento fáctico lo constituye el informe suscrito por el doctor José Joaquín Oreamuno Toledo, Director de Salud Animal, visible a folios 506 a 508 del expediente judicial. En ese informe, el indicado funcionario afirmó: “Las tuberculinas utilizadas y aplicadas a los animales de la empresa Sucesores de Clemente Marín S.A., al igual que todas las que se utilizan en el país son importadas para uso exclusivo de esta Dirección del Ministerio de Agricultura y Ganadería, para su Programa Oficial de Combate de la Tuberculosis, importación esta que se hace al amparo y autorización de la Ley No. 1207 del 4 de octubre de 1950 “Ley sobre Tuberculosis Bovina”./ Las mismas se importan desde México y provienen de la Productora Nacional de Biológicos Veterinarios y las cuales vienen amparadas a un certificado de control de calidad, estableciéndose en los mismos la potencia de la dosis, a efecto de ser verificado su ajuste a los estándares establecidos por la Oficina Internacional de Epizootias, Órgano de carácter Internacional, quien es el que establece a nivel mundial esos valores, en su Manual de Estándares para pruebas de diagnóstico y Vacunas.”(Lo subrayado es suplido). Como se puede constatar con suma claridad, lo que se tuvo por demostrado coincide, en un todo, con lo afirmado por el Dr. Oreamuno Toledo. Ergo, los juzgadores de las instancias no incurren en el alegado error de hecho. Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar que, por la formulación del motivo de disconformidad, lo invocado por el casacionista puede configurar, más bien, un quebranto indirecto de ley, pero por error de derecho. Esto por cuanto, lo que alega el recurrente es la indebida valoración –por preterición- de los documentos aportados por la representación estatal, identificados con los números 3, 4, 11, 12 y 14, ya que, según manifiesta, con ellos se desvirtúa lo indicado por el Director de Salud Animal del MAG, en el sentido de que las tuberculinas aplicadas al hato de la sociedad actora no estaban amparadas por un certificado de calidad. No obstante, el reparo es informal. El recurrente omite indicar la norma de valor probatorio conculcada con el supuesto yerro de los juzgadores de segunda instancia. En mérito de lo expuesto, se impone el rechazo del presente motivo de disconformidad.

[...]

IX.- El casacionista invoca, como normas de valor de la prueba que cita indebidamente apreciada, los ordinales 294 inciso a), 301 inciso 2 de la LGAP; 316, 374, 401, 412 del Código Procesal Civil; 80 de la Ley Orgánica del Servicio Consular; 54 inciso 1 in fine y 56 inciso 1 y 2 de la LRJCA. Sin embargo, ninguno de ellos regula el valor de la probanza aludida. El 294 inciso a) de la LGAP, lo que



dispone es que si el documento presentado por el interesado estuviere expedido fuera de Costa Rica, debe legalizarse. El 301 inciso 2 íbid, señala que las declaraciones o informes que rindan los representantes o servidores de la Administración Pública, se reputarán, para todo efecto legal, como testimonios. En cuanto a los numerales citados del Código Procesal Civil, el 316 regula la admisión, rechazo y concentración de pruebas; el 374, cuándo un documento otorgado en el extranjero se equipara a los públicos emitidos en Costa Rica; el 401, cuándo procede la prueba pericial; 412, la posibilidad de que el juez, de oficio o a solicitud de parte, ordene la práctica de medios científicos; el canon 80 de la Ley Orgánica del Servicio Consular, dispone: “Los certificados y legalizaciones consulares deberán ser expedidos bajo sello del Consulado y producirá efecto en la República después de legalizada la firma del Cónsul por la secretaría de Relaciones Exteriores.”; el 54 inciso 1 de la LRJCA, señala que la Administración Pública no puede ser obligada a absolver posiciones por medio de sus agentes; sin embargo, están obligados, cualquiera que sea su jerarquía, a suministrar los informes que los Tribunales les soliciten; y, el 56 incisos 1 y 2 íbidem, preceptúa que tales informes se considerarán dados bajo juramento y, por consiguiente, cualquier inexactitud o falsedad, hará incurrir al funcionario en las penas de perjurio o de falso testimonio, según la naturaleza de los hechos contenidos en el informe. En consecuencia, el motivo de disconformidad en estudio resulta informal, imponiéndose su rechazo.

[...]

XI.- El meollo de lo alegado por el recurrente estriba en que, a su entender, los juzgadores de instancia incurrieron en indebida valoración de la prueba señalada, al estimar que la tuberculina aplicada a los bovinos de la empresa actora, para diagnosticar la tuberculosis, estaba amparada a certificados de control de calidad, lo cual, indica, no es cierto. Al respecto, es menester apuntar lo siguiente. En primer lugar, los reportes de pruebas de tuberculinas, contenidos en los documentos identificados como 12 y 15, al ser originales, revisten la naturaleza de documentos públicos (artículo 369 del Código Procesal Civil); empero, el casacionista omitió señalar como conculcada la norma de valor de ese tipo de probanza, lo cual impide a esta Sala verter pronunciamiento en torno a esos medios de convicción. En segundo término, la Ley número 1207 del 9 de octubre de 1950, conocida como “Ley de Tuberculosis Bovina”, aunque derogada, en lo de interés dispone: “Artículo 2º Se declara obligatoria la prueba de tuberculina para todos los animales vacunos, las veces que se considere conveniente, la cual será aplicada por los funcionarios debidamente capacitados que designen los Ministerios de Agricultura e Industria y Salubridad Pública. Artículo 3º Los animales vacunos en los cuales la prueba de tuberculina hubiese dado resultado positivo serán aislados inmediatamente y sacrificados una vez llenados los requisitos a que



se refiere los artículos siguientes. ... Artículo 15° Sólo el Estado puede preparar o importar la tuberculina de uso veterinario.” Por su parte, el Decreto Ejecutivo 10120-A de 9 de mayo de 1979, “Reglamento sobre el Control de la Tuberculosis Bovina”, dispone: “Artículo 1° La Tuberculina o cualquier otro producto biológico que se utilice para diagnosticar la tuberculosis en los animales domésticos solo podrá ser importada por el Programa de Salud Animal MAG-BID. Artículo 2° Le compete exclusivamente al Programa Nacional de Salud Animal controlar la calidad y eficacia de la tuberculina utilizada para diagnóstico en los animales. Artículo 5° Cuando la Dirección del Programa Nacional de Salud Animal reciba la información a que hacen mención los artículos tercero y cuarto de este Reglamento, procederán inmediatamente a realizar el estudio epidemiológico del hato afectado y a hacer la prueba de tuberculina a la totalidad del ganado existente en el mismo. Artículo 7° Los animales que fueren clasificados como reaccionantes, serán debidamente identificados, marcados a fuego, evaluados e inmediatamente sacrificados, esto de conformidad con la Ley No 1207.”(Lo subrayado es suplido). La forma de controlar la calidad y eficacia de la tuberculina por parte de la Dirección de Salud Animal (hoy Servicio Nacional de Salud Animal –SENASA-), es con el respectivo certificado de control de calidad. Por ende, constituye un requisito necesario para que dicha prueba pueda aplicarse en los bovinos. En el sub-júdice, la parte actora, desde un inicio -hecho tercero de la demanda- señaló que la tuberculina utilizada en el hato de su propiedad no estaba certificada. Por su parte, en el hecho probado antecedido con el número 20, se establece: “que las tuberculinas utilizadas y aplicadas a los animales de la parte actora, son importadas desde México para uso exclusivo de la Dirección de Salud Animal del Ministerio de Agricultura y Ganadería, programa oficial de combate de la tuberculosis, al amparo y autorización de la Ley No 1207 de 4 de octubre de 1950; provienen de la Productora Nacional de Biológicos Veterinarios, amparados a un certificado de control de calidad, estableciéndose en los mismos la potencia de la dosis, para ser verificado su ajuste a los estándares de la Oficina Internacional de Epizootias (ver escrito de demanda y su contestación, e informe suscrito por el Dr. José Joaquín Oreamuno Toledo, Director de Salud Animal, folios 506 a 508).”(Lo subrayado es suplido). En torno a este punto, en el apartado V de la sentencia impugnada, el Tribunal consideró lo siguiente: “V.-

SEGUNDO AGRAVIO. SOBRE LA ALEGADA AUSENCIA DE CONTROL DE CALIDAD DE LAS PRUEBAS TUBERCULINAS. Como límites al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, los artículos 16.1 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, expresamente vedan a la Administración el dictado de actos contrarios a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. Para poder determinar en cada caso concreto el cumplimiento o no de esas reglas, es necesario hacer un análisis de la prueba de carácter técnico o científico que se haya aportado al proceso. En



el caso en examen, a solicitud de la parte actora, se le pidió un informe a la Dirección Nacional de Salud Animal del Ministerio de Agricultura y Ganadería, a efecto de que "indique si las tuberculinas y/o productos biológicos del lote utilizado para diagnosticar la presunta existencia de tuberculosis bovina en el hato de la empresa Sucesores Clemente Marín S.A., se encuentran debidamente registrados, y certificada tanto su calidad como su eficacia, a nivel nacional e internacional, así como los métodos de diagnóstico utilizados, y en caso positivo y/o afirmativo, que se aporte copia certificada de los mismos." (ver folio 143 vuelto). En su informe número DSA.128-2004, visible a folio 506, el Dr. Joaquín Oreamuno Toledo, Director de Salud Animal, del Ministerio de Agricultura y Ganadería, fue muy claro en señalar que las tuberculinas utilizadas y aplicadas a los animales de la empresa Sucesores Clemente Marín S.A., al igual que todas las que se utilizan en el país, se importan desde México y provienen de la Productora Nacional de Biológicos Veterinarios, las cuales vienen amparadas en un certificado de control de calidad, que establece la potencia de la dosis, a efecto de ser verificado su ajuste a los estándares establecidos por la Oficina Internacional de Epizootias, órgano de carácter internacional, que establece a nivel mundial esos valores, en el Manual de Estándares para pruebas de diagnóstico y vacunas. Tomando en cuenta lo anterior, coincide este Tribunal con lo establecido por el Juez de instancia, en el sentido que, al ser la parte actora la que formula la pretensión anulatoria del acto administrativo impugnado, le correspondía, sin lugar a dudas, la carga de la prueba en relación con los hechos que fundamentan esa pretensión (317 Código Procesal Civil). A pesar de lo anterior, es ostensible que la actora no trajo probanza alguna que desacreditara el informe técnico rendido por el Dr. Joaquín Oreamuno Toledo, a efecto de tener por demostrado que las pruebas tuberculinas, utilizadas en el hato de su propiedad, no contaban con certificado de calidad, pues únicamente se limitó a plantear cuestionamientos respecto del contenido de aquel dictamen. Así las cosas, este Tribunal no tiene razones para no concederle el valor que le corresponde a esa prueba de carácter técnico, y siendo que la actora no aporta prueba que desacredite el contenido de la misma, lo resuelto por el Juez A-quo debe ser confirmado. Por las mismas razones no son de recibo los cuestionamientos que hace la actora de los documentos que constan en el legajo de pruebas aportado por la representación estatal, correspondientes a los "reportes de prueba tuberculina" realizados en la finca de la sociedad accionante (documentos números 3, 4, 10, 11, 12 y 15), pues de igual forma la accionante no presentó ninguna prueba tendiente a desvirtuar que las mismas se realizaron sin control de calidad. Consecuentemente, no se advierte un incumplimiento de las reglas unívocas de la ciencia y la técnica (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública) para el caso concreto, debiendo mantenerse lo resuelto.-

“ Esta Sala no comparte el criterio de los juzgadores de instancia. En primer lugar,



de conformidad con el canon 301 inciso 2) de la LGAP, en relación con el numeral 54 de la LRJCA, las declaraciones o informes que rindan los representantes o servidores de la Administración Pública se reputarán como testimonio para todo efecto legal. Ergo, lo afirmado por el doctor Joaquín Oreamuno Toledo en su informe visible a folios 506 a 508 reviste ese carácter, no el de prueba técnica como fue señalado por el Tribunal. En segundo lugar, este medio de convicción no resulta idóneo para demostrar la existencia del certificado de control de calidad de la tuberculina. La única manera de comprobar que se contaba con él, era con su aportación al expediente. La empresa actora, se repite, desde un inicio, ha señalado su inexistencia (véase hecho tercero de la demanda), por ende, exigirle la demostración de su dicho, como lo señala el Ad quem, implica colocarla en estado de indefensión, al tratarse de un hecho negativo, conculcándose, además, el canon 317 del Código Procesal Civil, fundamentalmente, lo preceptuado en su inciso primero. Tómese en cuenta que, cuando requirió se ordenara el informe a la Dirección Nacional de Salud Animal del MAG, solicitó expresamente que, en caso de afirmarse la existencia del certificado de calidad y eficacia, se aportara copia debidamente certificada. Dentro de esta línea de pensamiento, la representación estatal, al contestar el aludido hecho tercero de la demanda, en lo de interés, señala: “Estas tuberculinas son importadas desde México y provienen de la Productora Nacional de Biológicos Veterinarios, amparadas a un Certificado de Control de Calidad, en el cual se establece la potencia de la dosis a efectos de verificar que se ajuste a los estándares establecidos por la Oficina Internacional de Epizootias en su Manual de Estándares para Pruebas de Diagnóstico y Vacunas. (Ver Documento N. 10).”(Lo resaltado es del original). A tenor de lo indicado en el inciso segundo del referido numeral 317 del Código de cita, al oponerse a la pretensión de la compañía demandante, afirmando un hecho extintivo de su derecho, le correspondía demostrarlo. Para esos efectos, remite al documento no. 10 del legajo de pruebas que aportó. No obstante, ahí solo constan copias fotostáticas de dos certificados de control de calidad, emitidos por la empresa mexicana Productora Nacional de Biológicos Veterinarios, correspondientes, el primero al lote 2420048 de tuberculina bovina tipo P.P.D. y, el segundo al lote 2320307 de tuberculina aviar tipo P.P.D. Empero, no se encuentran debidamente legalizados, conforme lo dispone el numeral 294 inciso a) de la LGAP. Ello implica que no podían surtir efectos jurídicos en Costa Rica, según lo han señalado tanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en el fallo 76-92 de las 16 horas 30 minutos del 15 de enero de 1992; cuanto este órgano jurisdiccional en la sentencia 715-F-2006 de las 11 horas 20 minutos del 27 de septiembre de 2006. Además, en los documentos números 3, 4 y 11, de ese mismo legajo de pruebas, obran una serie de reportes de pruebas de tuberculina que no coinciden con esos números de series o lotes, y sin que conste en el expediente sus correspondientes certificados de control de calidad y eficacia. Al amparo de lo anteriormente

expuesto, lleva razón el casacionista al señalar el error en que incurrió el Tribunal al prohiar el hecho demostrado antecedido con el número 20. No consta en el expediente elemento probatorio idóneo que lo ampare. No obstante, lo anterior no conlleva la quiebra del fallo, por las razones que se exponen de seguido.

[...]

XII.- Resulta oportuno reparar en el cuadro fáctico acontecido en esta lite. El 9 de julio de 1999, el médico veterinario del matadero El Valle, doctor Ricardo Aguilar Jiménez, detectó un caso con sintomatología compatible con tuberculosis a nivel de matanza, proveniente de la finca de la empresa actora. Se remitieron muestras al Laboratorio Nacional de Servicios Veterinarios (LANASEVE). El resultado fue positivo por tinción de Ziehl Neelsen. Debido a ello, la Oficina de Defensa Zoonosanitaria Nacional, Región Huetar Norte, de la Dirección Nacional de Salud Animal del MAG, efectuó un muestreo del 10% del hato de la demandante -15 bovinos hembras de la raza Holstein, escogidas al azar-. Se les practicó la prueba de tuberculina bovina en el pliegue anocaudal para el diagnóstico de esa enfermedad. Cuatro animales resultaron reactivos. Por tal motivo, el 26 de octubre del mismo año se practicó la prueba cervical comparativa a los reactivos como diagnóstico diferencial, utilizando PPD bovis y PPD avium. De nuevo, resultaron positivas a la PPD bovina. En consecuencia, se tuberculinizó a todo el hato. Se incluyeron a los animales de tres meses de edad en adelante. De los 179 sometidos a la prueba anocaudal, 89 fueron reactivos. Luego, el 4 de enero de 2000, se efectuaron pruebas cervicales comparativas a nivel de la tabla del cuello, para lo cual se utilizó la PPD bovis y la PPD avium. De los 179 animales, 90 resultaron positivos a la prueba anocaudal, 84 a la cervical PPD bovino –uno negativo-, 73 a la cervical PPD avium -12 negativos-. En virtud de lo anterior, la Dirección de Salud Animal, en resolución de las 9 horas del 12 de enero de 2000, ordenó cuarentenar la finca, marcar los animales con la “S” de sacrificio, separar todos los animales reactivos del hato, efectuar el avalúo de los animales positivos a tuberculosis por el perito del Banco Nacional de Costa Rica, sacrificar los animales, salvaguardando las condiciones de bioseguridad, continuar con el saneamiento del resto de los semovientes de la actora, e iniciar el monitoreo y vigilancia en las fincas vecinas. Como fue señalado por los juzgadores de ambas instancias, uno de los principios rectores del Derecho Ambiental, que subyace en los numerales 46 y 50 de la Constitución Política, es el precautorio o de evitación prudente. De conformidad con la doctrina, en esta materia no solo existen riesgos ciertos, sino también puede haber incertidumbre científica respecto del alcance de algunos daños. Este postulado, entonces, exige que, cuando una duda razonable surja en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales o a la salud humana, se evite, o se tomen las medidas pertinentes para que ese eventual daño, científicamente no comprobado todavía, no llegue a

producirse. Dos son sus presupuestos: falta de certidumbre científica y la amenaza de daño. De manera explícita se encuentra recogido en la “Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”, o “Declaración de Río”: “Principio 15.-

Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”. Por su parte, la Ley de Biodiversidad, número 7788 del 30 de abril de 1998, dispone: “ARTÍCULO 7.-

Definiciones. ... Biodiversidad: variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, ya sea que se encuentren en ecosistemas terrestres, aéreos, marinos, acuáticos o en otros complejos ecológicos. Comprende la diversidad dentro de cada especie, así como entre las especies y los ecosistemas de los que forma parte. / Para los efectos de esta ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad, los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y genéricos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro. ... ARTÍCULO 11.-

Criterios para aplicar esta ley. Son criterios para aplicar esta ley: 1.- Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de biodiversidad o sus amenazas. 2.-

Criterios precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección. 3.-

Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. ...” En este sentido, la Sala Constitucional, en el voto 1250-99 de las 11 horas 24 minutos del 19 de febrero de 1999, señaló: “... La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar/contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible –o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive



posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados en el ambiente”.(Lo subrayado no es del original. También, pueden consultarse, entre otros, los fallos de ese órgano jurisdiccional 9773-00 de las 9 horas 44 minutos del 3 de noviembre de 2000 y 1711-01 de las 16 horas 32 minutos del 27 de febrero de 2001). Luego, en el voto 3480-03 de las 14 horas 2 minutos del 2 de mayo de 2003, precisó aún más dicho concepto: “Bien entendido el principio precautorio, el mismo se refiere a la adopción de medidas no ante el desconocimiento de hechos generadores de riesgo, sino ante la carencia de certeza respecto de que tales hechos efectivamente producirán efectos nocivos en el ambiente.”(Lo subrayado es suplido). De igual manera, en el fallo 6322-2003 de las 14 horas 14 minutos del 3 de julio de 2003, indicó: “...4.-

Principio precautorio : ... El término prevención deriva del latín ‘praeventio’, que alude a la acción y efecto de prevenir, a aquellas preparaciones y disposiciones que se hacen anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa. La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos. Consecuentemente, el principio rector de prevención se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas y socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente.”(En igual sentido, puede consultarse el voto 2008-17618 de las 11 horas 51 minutos del 5 de diciembre de 2008 de dicha Sala). La tuberculosis es una enfermedad zoonótica, que constituye un peligro para la ganadería y la salud pública. Por ende, se está ante una situación que pone en peligro o amenaza de daños graves no solo a elementos de la biodiversidad (hatos lecheros vecinos de la propiedad de la empresa actora), sino también al ser humano (salud pública). En el sub jūdice, a la luz del cuadro fáctico antes expuesto, resulta evidente la existencia de una duda razonable –al no existir certeza científica debido a la falta del certificado de control de calidad y eficacia de la tuberculina- que le imponía a la Administración Pública el deber, en acato del principio precautorio, de actuar como lo hizo. Esta duda razonable surge por cuanto, en tres ocasiones diferentes (primero en el matadero El Valle, luego en los resultados de los estudios de laboratorio del LANASEVE; y, por último, en las pruebas practicadas por la Dirección de Salud Animal del MAG), se determinó la



existencia de tuberculosis en animales de la empresa actora. Incluso, la propia accionante acepta esta circunstancia –la duda respecto a la existencia de la tuberculosis en el hato–, al afirmar en el acápite de la demanda denominado “argumentación jurídica”: “CUARTO: ... ya que la imperfección de los elementos señalados impiden la realización del fin conforme con el ordenamiento jurídico, por el cual fue dictado, pues la orden sanitaria se dicta para combatir un brote de tuberculosis bovina, no pudiéndose saber del todo, categóricamente de la existencia de éste en todos los animales presuntamente infectados por lo que abajo se indicará. / En este sentido, el motivo no existe tal y como ha sido tomado en cuenta para dictar el acto impugnado, en virtud que no se puede concluir categóricamente, y sin temor a equívocos, de la existencia de tuberculosis bovina en todos los animales sacrificados en la finca de mi representada ...”(lo subrayado es suplido). En autos consta, a folios 468 y 469, el informe rendido por la doctora María Cecilia Matamoros, Jefa del Centro Nacional de Referencia para Tuberculosis del Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud (INCIENSA), el cual, a tenor de lo dispuesto en el numeral 301 inciso 2) de la LGAP reviste el carácter de prueba testimonial. La doctora Matamoros, en lo de interés, manifiesta: “1. No tengo en mis manos el oficio D.Z.S./RHN 05-00, del 11 de enero del 2000, denominado “Informe sobre brote de tuberculosis en San Gerardo de Ciudad Quesada”. Sin embargo ante las interrogantes planteadas y en cuanto a lo que me compete, aclaro lo siguiente, “el descubrimiento de *Mycobacterium terrae* en bovinos eutanasiados de la finca de Sucesores de Clemente Marín S.A. en el caso de que dicho bacilo produjera alguna enfermedad, las manifestaciones clínicas y patológicas de ésta serían similares a las que se producen con la infección de *M. tuberculosis* o *M. Boris*. *M. terrae* es un bacilo alcohol-ácido resistente de manera que la tinción de Ziehl-Neelsen puede ser positiva y la PPD puede dar reacción cruzada” es correcto, como lo afirmé en el oficio CNRTB-196-2000. Si ante la situación descrita podríamos concluir fehacientemente en la existencia de tuberculosis bovina en el hato de la empresa. Sólo se puede concluir desde el punto de vista microbiológico, que hay tuberculosis bovina en un animal cuando se aísla ese microorganismo de los tejidos de ese animal. Los animales eutanasiados de los que se aisló *M. terrae*, no son evidencia de la presencia de tuberculosis bovina. Por lo tanto persiste la duda sobre la presencia de tuberculosis bovina en el ato (sic).” Esa Sala concuerda con lo señalado por el Tribunal en el apartado VII de la sentencia impugnada. Con dicha probanza no se logra eliminar la duda en torno a la existencia de la tuberculosis. En primer término, la parte actora solicitó dicho informe (folio 142 vuelto) para que se analizara el oficio D.Z.S./RHN 05-00 del 11 de enero de 2000; empero, la doctora Matamoros es clara al señalar que no lo tuvo a la vista. En segundo lugar, a pesar de que se basa en la información que señaló la actora en su demanda, de manera expresa indica que “Por lo tanto persiste la duda sobre la



presencia de tuberculosis bovina en el ato (sic).” Es decir, no desvanece la nebulosa en torno a la existencia del brote de dicha enfermedad. Por ende, a esta lite le resulta aplicable el aludido principio precautorio. En definitiva, con el actuar de la Administración se protegió el fin público involucrado (artículo 113 LGAP): la salud humana, animal –hatos vecinos-, el ambiente, así como la producción lechera de la zona en donde se ubica la finca de la actora –San Gerardo de Ciudad Quesada, San Carlos-. Ergo, al amparo de las razones expuestas, se impone el rechazo del presente motivo de disconformidad.

[...]

XIV.- En primer lugar, debe observarse que lo manifestado por el recurrente a folio 701, respecto de “dos tópicos de especial y esencial trascendencia en el caso bajo examen”, no fue propuesto y debatido oportunamente en el recurso de apelación. Ergo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 608 del Código Procesal Civil, esta Sala tiene vedado efectuar análisis alguno en torno a ello. En segundo término, el quid de lo recriminado por el casacionista consiste en que, en su entender, los juzgadores de instancia incurrieron en error de derecho al valorar la probanza señalada, al invertir, de manera ilegítima, la carga de la prueba, en torno del alegado incumplimiento de las medidas técnicas al aplicarse las pruebas de tuberculina; y respecto de la demostración de la existencia o inexistencia de un protocolo, bitácora, acta o registro que garantice el correcto cumplimiento de las medidas técnicas de cómo se realizó esa prueba. El afirmar la inexistencia de ese registro, señala, no encierra ningún aserto que produzca la inversión de la carga de la prueba en contra de la empresa actora. Al respecto, precisa indicar, el tema de la carga de la prueba –artículo 317 del Código Procesal Civil- es un aspecto de orden procesal. Así lo ha señalado reiteradamente este órgano jurisdiccional desde vieja data. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las resoluciones 31 de las 9 horas 20 minutos del 20 de marzo de 1992, 1020-F-2005 de las 16 horas 28 minutos del 21 de diciembre de 2005 y 908-A-S1-09 de las 11 horas del 10 de septiembre de 2009. Sin embargo, no se encuentra regulado en las causales taxativas del canon 594 íbid, como causal de casación por ese motivo. En consecuencia, se impone el rechazo del agravio de mérito. Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento de razones, ha de indicarse que en el considerando XII de esta sentencia se analizó la pertinencia de aplicar, a esta lite, el principio precautorio, derivado de los numerales 46 y 50 de la Constitución Política, y expresamente regulado en el canon 11 de la Ley de Biodiversidad. Ante la duda razonable existente, en torno al brote de tuberculosis en la propiedad de la empresa actora, la Administración Pública, concretamente, la Dirección de Salud Animal del Ministerio de Agricultura y Ganadería (conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley número 6243, Ley de Salud Animal, vigente cuando sucedieron los hechos analizados en el sub júdice), estaba legitimada para adoptar todas

aquellas medidas en resguardo no solo de la salud humana, sino también de la animal y del ambiente. Con el agravio de mérito se pretende establecer la invalidez de los actos cuestionados, en virtud de la ausencia de certeza científica en cuanto a los resultados de las pruebas de tuberculina aplicadas en el hato de la demandante. Empero, tal requerimiento, como se indicó en dicho apartado de este fallo, no resultaba necesario para que la Administración Pública actuara en la forma como lo hizo. En consecuencia, lo esgrimido por el casacionista no resulta útil para modificar lo resuelto en la sentencia impugnada.

[...]

XVI.- El aspecto medular de lo alegado por el casacionista, consiste en que el Ad quem valoró indebidamente el informe CNRTB-149-07-2003, visible a folios 468 a 469, al no aceptar que solo puede concluirse la existencia de tuberculosis en un semoviente, desde el punto de vista microbiológico, cuando se aísla de los tejidos del animal. Es decir, no bastaba la aplicación de las pruebas intradérmicas o de tuberculina por parte de los funcionarios del MAG en el hato de la empresa actora. En primer lugar, debe indicarse, según se expuso en el considerando XI de esta sentencia, el informe rendido por la doctora María Cecilia Matamoros, en su condición de Jefa del Centro Nacional de Referencia para Tuberculosis del INCISENSA, reviste la naturaleza de testimonio, conforme lo dispuesto en el canon 301 inciso 2) de la LGAP, no de prueba documental de carácter científico como lo afirma el recurrente, y menos aún, de acto administrativo. En segundo lugar, señala el casacionista: “Adicionalmente, en lo que a la indebida valoración de la prueba se refiere, no tomó en cuenta el Tribunal que en zonas o regiones donde se han realizado campañas de control de la tuberculosis bovina, con (sic) en el caso de la empresa actora, es frecuente la presentación de un porcentaje considerable de animales reaccionantes, detectados con la aplicación de las pruebas intradérmicas simples de rutina, ni se tomó en cuenta la gestación como posible factor de respuesta a la tuberculina, en animales entre el 6to. y 8avo. mes de gravidez, entre otras cosas. En este sentido, en relación con las especificaciones técnicas del fabricante de la prueba intradérmica con tuberculina bovina de las clases PPD AVIAR y PPD BOVINO, visibles a folio 30 del expediente, según las reglas de la sana crítica racional (arts. 298.1 y 16 LGAP) se violan específicamente las reglas de la ciencia y de la lógica, pues el fabricante de estas pruebas, en la sección de “contraindicaciones” indica que: “No deberá usarse en hembras próximas al parto o post-parto...”, esto por cuanto la gestación (entre el 6to y 8avo mes de gravidez) es un posible factor de respuesta a la tuberculina, mientras que, en la sección de “advertencia” se indica que: “... La Tuberculinización no deberá repetirse si no existe un intervalo mínimo de 60 días a la prueba anterior ...”, básicamente por la misma razón técnica, toda vez que, no demostró la Administración recurrida haber cumplido con tales especificaciones al



momento de practicarse la tuberculinización al hato de la empresa actora.” Los juzgadores de las instancias no tuvieron por demostrado que se hubiesen efectuado campañas de control de de la tuberculosis bovina en el hato de la compañía actora, ni tampoco que las pruebas de tuberculina se le hubiesen aplicado a hembras entre el sexto y octavo mes de gestación. Empero, el casacionista no indica con cuál prueba se demuestran esos hechos y, por ende, resulta conculcada en la sentencia recurrida. Se limita a señalar el documento visible a folio 30 del expediente principal, en donde solo constan las indicaciones del fabricante. Distinto a lo alegado, la carga de la prueba le incumbía a su patrocinada, a la luz de lo preceptuado en el ordinal 317 inciso 1) del Código Procesal Civil. Nótese que no se trata de un hecho negativo, sino de una afirmación que constituye el fundamento de las pretensiones anulatoria y resarcitoria esgrimidas. Luego, agrega: “En otro orden de ideas, y en lo que a la indebida aplicación del principio precautorio ... al caso bajo examen se refiere, debe acotarse previamente que, las normas jurídicas aplicables al presente caso, lo son las que estaban vigentes al momento de realizarse los actos administrativos impugnados. Así, el presente proceso se rige por las hoy derogadas Leyes de Tuberculosis Bovina No 1207 y la Ley Sobre Salud Animal No 6243, con sus consecuentes reglamentos también derogados. Con fundamento en lo anterior, es dable concluir con claridad meridiana, que el principio precautorio, derivado del artículo 4 la Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal (sic) No 8495 de 6 de abril de 2006, publicada en La Gaceta No 93 de 16 de mayo de 2006, no tiene aplicación al caso en cuestión, por ser de vigencia y/o promulgación muy posterior al acaecimiento de los actos administrativos aquí recurridos. Note la Honorable Sala de casación que el A Quo, en la sentencia de primera instancia, expresa e indebidamente aplicó dicha Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal No 8495 de 6 de abril de 2006, al caso bajo examen, situación que solapadamente prohijó el Tribunal de Alzada, en la sentencia recurrida. ...” Distinto a lo afirmado por el casacionista, el A quo, ni de manera solapada el Ad quem, aplicaron la Ley número 8495 del 6 de abril de 2006, Ley General del Servicio Nacional de Salud Animal. Al respecto, en la sentencia de primera instancia, en lo de interés, se indica: “Sétimo: ... En esta materia, deben adoptarse medidas inmediatas, por estar de por medio la salud humana, la animal y el medio ambiente, dirigidas a la protección de cada uno de ellos, conforme se anticipó en las resoluciones que decidieron el incidente de suspensión, No 56-2001 de 10.00 horas de 13 de enero, considerando Vo (folios 351 a 354), y No 216-2001 de 11.45 horas de 20 de julio (folios 377 a 389). Rigen principios como el de análisis o valoración de riesgos, precautorio o cautela, protección de los intereses del consumidor, equivalencia, transparencia e información, los cuales tienen raigambre constitucional (artículos 46 y 50 de la Constitución Política), y están hoy expresamente reconocidos por el legislador ordinario (Ley No 8495, artículo 4o). Conforme al principio precautorio,



la falta de certeza científica no es excusa para adoptar decisiones a favor de la salud y el ambiente. En este sentido el Juzgado encuentra que las decisiones adoptadas y medidas aplicadas, se fundan en la prueba de tuberculina realizada, que es la prueba establecida para estos casos, sin que la falta de pruebas confirmatorias o complementarias, impida proceder de esta manera. Los actos por tanto no son fruto de la voluntad desnuda de quien los emitió, sino medidas adecuadas fundadas en criterios técnicos médicos, dirigidas a proteger bienes de superior linaje.”(Lo subrayado no es del original). Se comprueba con facilidad que lo afirmado por el juzgador es la aplicación de principios de linaje constitucional; los que, al momento del dictado de ese fallo, fueron plasmados, además, en la Ley 8495 (comentario que se hace para efectos de aclarativos, mas no con la intención de aplicar esa ley), pero antes de eso subyacían en la Constitución Política –numerales 46 y 50-. Por su parte, en el fallo cuestionado, en lo conducente, el Tribunal señala:

“VI.- TERCER AGRAVIO. RESPECTO DEL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS TÉCNICAS AL APLICAR LAS PRUEBAS TUBERCULINAS. ... Debe tenerse en cuenta que el acto administrativo impugnado, en última instancia, ha tenido como finalidad la protección de la salud humana (interés colectivo), y en ese sentido, lleva razón el A-quo en advertir que ante tal escenario, rigen los principios recogidos en los artículos 46 y 50 de la Constitución Política, en tanto procuran la protección de la salud y el ambiente sano y ecológicamente equilibrado, siendo uno de ellos efectivamente el principio “precautorio”, según el cual, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como justificación para no adoptar medidas eficaces de protección, como en este caso, en donde la Administración se vio obligada a sacrificar los bovinos de la actora, con el fin de evitar una epidemia que pudiera constituir un peligro grave para la salud de los habitantes y del ambiente. ... VII.- CUARTO AGRAVIO. SOBRE EL FUNDAMENTO TÉCNICO DEL ACTO IMPUGNADO Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN SU CONJUNTO. ... De cualquier manera, el informe de la doctora Matamoros, construido con base en la información expuesta por el actor en su demanda, plantea la posibilidad de “duda sobre la presencia de tuberculosis bovina en el ato” (sic), y en ese sentido, se reitera que en aplicación del principio precautorio, la duda no es motivo para no adoptar las medidas de protección a favor de la salud y el ambiente. ...”(Lo subrayado es suplido). Sin lugar a dudas, se colige que ni en forma expresa ni vedada el Tribunal aplicó la Ley número 8495 de 6 de abril de 2006, sino un principio constitucional –el precautorio- que yace en los numerales 46 y 50 de la Carta Magna. En esta línea de pensamiento, en el considerando XII, de manera prolija, se expusieron las razones por las cuales esta Sala estima que, al amparo de ese postulado (previsto, cuando acontecieron los hechos analizados en esta lite, no solo en la Constitución Política, sino también en el numeral 11 de la Ley número 7788 del 30 de abril de 1998, Ley de



Biodiversidad, la cual resulta aplicable al sub júdice), en virtud de la duda razonable existente en torno al brote de tuberculosis en el hato de la empresa actora, la Administración se encontraba legitimada para actuar como lo hizo. El casacionista, para negar la aplicación de dicho principio, señala a folio 707: “Con fundamento en tales probanzas, contrario a lo aseverado por el Tribunal en el considerando sétimo de la sentencia recurrida, es dable concluir que no existen elementos objetivos para afirmar que la ejecución de las medidas administrativas se ajustaron a las reglas de la ciencia, lógica y conveniencia, no apreciándose que la decisión se haya adoptado dentro de los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en el ordenamiento jurídico, en tanto la realización de la prueba de tuberculina no constituye un elemento (motivo del acto administrativo) técnico médico veterinario idóneo para dictar medidas de ese género (sacrificio y/o exterminio de bovinos) a favor de la salud humana, animal y del medio ambiente (fin), pues, según se indicó supra, la ausencia de pruebas complementarias o confirmatorias de carácter laboratorial, viciaría el contenido del acto. ...”(Lo subrayado es suplido). Como se determina con claridad, el recurrente, una vez más, pretende establecer la invalidez de los actos cuestionados en la ausencia de certeza científica en cuanto a los resultados de las pruebas de tuberculina aplicadas en el hato de la empresa demandante. No obstante, se reitera, en aplicación del aludido principio precautorio, ante la duda razonable existente, esa seguridad no resultaba necesaria para que la Dirección de Salud Animal del MAG actuara como lo hizo. De igual manera, en el susodicho apartado de esta sentencia, se analizó el informe rendido por la doctora Matamoros, visible a folios 468-469. Se concluyó que no lograba desvirtuar esa duda y, por ende, que el actuar de la Administración deviniera en ilegítimo. Por otro lado, cuando el indicado órgano del MAG dictó la resolución de las 9 horas del 12 de enero de 2000, e incluso, al momento de ejecutarse las medidas ahí contenidas (véase los hechos probados 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, no cuestionados por el casacionista), la normativa vigente era la contenida en: 1) Ley número 1207 del 9 de octubre de 1950, conocida como Ley de Tuberculosis Bovina; 2) Decreto Ejecutivo 10120-A del 9 de mayo de 1979, “Reglamento sobre el Control de la Tuberculosis Bovina”; y 3) la Ley sobre Salud Animal, número 6243, del 2 de mayo de 1978. En lo de interés, dispone el primer cuerpo normativo: “Artículo 2º Se declara obligatoria la prueba de tuberculina para todos los animales vacunos, las veces que se considere conveniente, la cual será aplicada por los funcionarios debidamente capacitados que designen los Ministerios de Agricultura e Industria y Salubridad Pública. Artículo 3º Los animales vacunos en los cuales la prueba de tuberculina hubiese dado resultado positivo serán aislados inmediatamente y sacrificados una vez llenados los requisitos a que se refieren los artículos siguientes. Artículo 4o Tan pronto se compruebe que un animal está infectado de tuberculosis, se solicitará al Banco Nacional de Costa Rica el envío de dos peritos, que serán



preferentemente ingenieros agrónomos colegiados, quienes procederán a valorar el animal enfermo en presencia de un médico veterinario oficial, para cuyo efecto no se tomará en cuenta la tuberculosis del mismo. El Banco Nacional dará primacía siempre a tal solicitud.”(Lo subrayado no aparece en el original). Por su parte, el Reglamento a esa Ley, Decreto Ejecutivo 10120-A, en lo conducente, preceptúa: “Artículo 5°. Cuando la Dirección del Programa Nacional de Salud Animal reciba la información a que hacen mención los artículos tercero y cuarto de este Reglamento, procederán inmediatamente a realizar el estudio epidemiológico del hato afectado y a hacer la prueba de tuberculina a la totalidad del ganado existente en el mismo. Artículo 6°. La prueba de tuberculina realizada en hatos con problemas o en animales reaccionantes podrá ser hecha, por médicos veterinarios privados, previo conocimiento del procedimiento legal a seguir con animales reaccionantes y adiestramiento en las técnicas usadas oficialmente, a quienes se les extenderá una credencial otorgada por la Dirección del Programa de Salud Animal, llevándose un registro en los (sic) Médicos Veterinarios acreditados para ello. En caso de incumplimiento de los procedimientos aquí señalados, la Dirección del Programa estará facultada para suspender la credencial otorgada, comunicándolo al Colegio de Médicos Veterinarios. Artículo 7°. Los animales que fueren clasificados como reaccionantes, serán debidamente identificados, marcados a fuego, evaluados e inmediatamente sacrificados, esto de conformidad con la Ley No 1207. Artículo 8°. Se establecerá en un área de producción lechera, como plan piloto, un programa de certificación de hatos libres de tuberculosis, estableciéndose un registro de propietarios que se acojan voluntariamente a dicho Programa, para que posteriormente se puedan declarar áreas libres. Artículo 9°. Sólo se permitirá el ingreso al área del plan piloto a los animales que resultaren negativos a la prueba de la tuberculina. Artículo 10°. Los propietarios que se sometan al plan voluntario del área piloto someterán la totalidad de su hato a la prueba de la tuberculina, eliminarán sus animales reaccionantes de acuerdo con la Ley No 1207. Los rebaños que tuvieren animales reaccionantes repartirán sus pruebas de tuberculina cada 60 días hasta que se obtenga un resultado negativo de la totalidad del hato. A partir de ese momento se harán dos controles al año (uno por semestre). Artículo 11°. Los hatos que en el área del plan piloto resultaren negativos a la prueba de la tuberculina, serán sometidos a otra prueba seis meses después y si volviera a resultar negativa, se considerarán hatos libres, debiendo ser sometidos a control una vez al año. Artículo 12°. Una vez eliminados los animales reaccionantes, se procederá a hacer una limpieza y desinfectación total de las estructuras de los establos, corrales, etc. Utilizándose para ello desinfectantes recomendados por las autoridades del Programa.”(Lo subrayado no es del original). Por último, la Ley 6243 del 2 de mayo de 1978, Ley sobre Salud Animal, en su artículo séptimo señala: “ El Ministerio de Agricultura y Ganadería, por medio de las autoridades sanitarias correspondientes y de aquellas que



designe expreso, queda facultado para tomar cualquier medida cuarentenaria o de destrucción que la Dirección de Salud Animal recomiende, en el caso de brotes de enfermedades que pongan en peligro la salud pública o la salud animal. / Estas medidas podrán ser el sacrificio, el aislamiento, la retención o el tratamiento de animales o la destrucción por incineración o desnaturalización de los productos o subproductos o desechos que se consideren, a juicio de la Dirección de Salud Animal, un peligro de contagio o de difusión de enfermedades o de condiciones morbosas, similares, en perjuicio de la salud pública o la salud animal. Las autoridades competentes quedan facultadas para realizar las visitas de inspección dentro de la propiedad privada u oficial, en procura de inspección, de información, de pruebas, de objetos, de muestras de animales, etc. Los respectivos dueños, previa identificación de la autoridad, están obligados a permitir su entrada. ” A la luz de las disposiciones antes transcritas, resulta evidente que la tesis del casacionista, en el sentido de que la aplicación de tuberculina no era suficiente, sino que resultaba indispensable efectuar pruebas complementarias o confirmatorias de carácter laboratorial, no es de recibo. La única prueba prevista en la legislación –entiéndase ley y reglamento- aplicable a esta lite, para detectar la tuberculosis bovina, era la tuberculina. En este sentido, una vez practicada, los animales con resultado positivo, eran debidamente clasificados, marcados a fuego, evaluados e inmediatamente sacrificados, siendo el competente para ordenar tales medidas la Dirección de Salud Animal del MAG. El artículo noveno del Decreto Ejecutivo 28515-MAG, “Reglamento sobre el Control de la Tuberculosis Bovina”, fue el que estableció la prueba complementaria de laboratorio, al señalar: “Los animales que fueren clasificados como reaccionantes, serán claramente marcados en forma indeleble y visible en el masetero derecho con una "S", acción que debe ejecutar el técnico o profesional oficial o privado acreditado que realizó las pruebas, dentro de los tres días hábiles siguientes a partir del recibido de la confirmación laboratorial.”(Lo subrayado no es del original). Empero, no es aplicable al sub ítem. Fue emitido

el 25 de noviembre de 1999, pero publicado y, por ende, vigente, hasta el 17 de marzo de 2000; esto es, luego de haberse dictado y ejecutado la resolución administrativa que se impugna en este proceso, vale decir, la de la Dirección de Salud Animal del MAG de las 9 horas del 12 de enero de 2000. Conforme con lo expuesto, el agravio en estudio debe desestimarse.

XVII.- En el séptimo reparo, denominado por el recurrente “octavo motivo de casación por razones de fondo por violación indirecta de la ley” alega indebida valoración de los elementos de prueba que constan en el proceso conforme a las reglas de la sana crítica racional. Ello por cuanto, según manifiesta, el Tribunal, a contrapelo de toda evidencia estableció, para efectos de atribución de la responsabilidad patrimonial, que la Administración actuó en forma lícita y normal.



Copia lo expuesto por el Ad quem en el Considerando VIII de la sentencia impugnada. Para efectos patrimoniales y/o indemnizatorios, comenta, es de capital importancia la calificación del funcionamiento administrativo, para así determinar la amplitud de la responsabilidad. Tratándose de conducta ilícita o funcionamiento anormal, se debe reparar el daño y los perjuicios; mas si la responsabilidad deriva de actos lícitos o conducta normal, solo procede la indemnización del daño. En este orden de ideas, apunta, para efectos resarcitorios, distinto a lo afirmado por el Tribunal, la ruptura del tope indemnizatorio fijado por el artículo 7 de la Ley de Tuberculosis Bovina, número 1207, tiene utilidad y es de la mayor importancia. Lo anterior, porque si se demuestra fehacientemente la enfermedad del bovino eutanasiado procede, como indemnización, únicamente el 50% de su valor pericialmente determinado. Pero, añade, si existe duda respecto a si el animal está enfermo o se encuentra sano, debe reconocerse el 100% de su valor, según se extrae del canon 194.2 de la LGAP, habida cuenta que, sobre el punto en particular, habría una colisión de dos leyes especiales en materia indemnizatoria, donde la ley posterior deroga la anterior. Es decir, arguye, la LGAP en torno a este aspecto deroga, para esta lite, lo hoy derogada Ley de Tuberculosis Bovina. De un análisis armónico y en conjunto de la totalidad de los elementos de prueba que obran en el proceso, conforme con las reglas de la sana crítica racional, indica, se obtiene que, para diagnosticar la tuberculosis bovina en un hato, no es suficiente practicar la prueba de tuberculina o de diagnóstico, sino que es necesario realizar pruebas confirmatorias de carácter laboratorial. Lo anterior, agrega, por cuanto, a la luz de los ordinales 9 in fine del Reglamento sobre el Control de la Tuberculosis Bovina (Decreto Ejecutivo 28515-MAG del 25 de noviembre de 1999), 4 inciso g) y 33 inciso a) del Reglamento General del Instituto Costarricense de Investigación y Enseñanza en Nutrición y Salud, INCIENSA (Decreto Ejecutivo 26656-S del 9 de enero de 1998), en relación con el informe CNRTB-149-07-2003, visible a folios 468-469 del expediente judicial, solo se puede concluir, desde el punto de vista microbiológico, que hay tuberculosis bovina en un animal cuando se aísla ese microorganismo de los tejidos de ese semoviente. No basta la aplicación de las pruebas intradérmicas o tuberculinas practicadas por los funcionarios del MAG en el hato de la empresa actora. En este orden de ideas, prosigue, al ser la actuación desplegada por la Administración una de aquellas que causan perjuicio grave a los derechos subjetivos o intereses legítimos del administrado, le resultaba obligatorio verificar la verdad real de los hechos que sirvieron de motivo al acto impugnado en este proceso, en la forma más fiel y completa posible, lo cual se echa de menos. Consecuentemente, se conculcan los numerales 214.2, 221 y 308,1 inciso a) de la LGAP. Por otro lado, reitera, la realización de la prueba de tuberculina no constituye un elemento (motivo del acto administrativo) técnico médico veterinario idóneo para dictar medidas de ese género (sacrificio y/o exterminio de bovinos) a favor de la salud humana, animal y del medio ambiente (fin). La ausencia de



pruebas complementarias o confirmatorias de carácter laboratorial, vicia el contenido del acto. De esta manera, agrega, con fundamento en las probanzas, concretamente en los documentos de carácter científico visibles a folios 72 a 76, 146, 303, 305, 468-469 del expediente judicial, así como de los documentos visibles a folios 303, 304, 313 a 317 del administrativo, contrario a lo aseverado por el Tribunal en el considerando séptimo de la sentencia recurrida, es dable concluir que no existen elementos objetivos para afirmar que la ejecución de las medidas administrativas se ajustaron a las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia. Estos conceptos, dice, se resumen en la razonabilidad y proporcionalidad de la norma como parámetros de constitucionalidad, artículo 16 de la LGAP, no apreciándose que la decisión se haya adoptado dentro de los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en el ordenamiento jurídico. En lo que a la extensión de la indemnización del daño material se refiere, afirma, lo resuelto por el Tribunal es tendenciosamente parcial y concomitantemente omiso. Se limitó a considerar el daño material proveniente del sacrificio o matanza total del hato de la empresa actora, lo cual, si bien es el más ostensible, no es el único causado y sufrido ilegítimamente por su poderdante. El daño y perjuicio se miden en función de la productividad de los animales, cuyo exterminio coadyuvó en la crisis financiera de la empresa. En este sentido, arguye, una lechería es un negocio y debe analizarse como tal. Una unidad productiva o empresa tiene un valor de conformidad con sus utilidades, que están en función de su inversión representada por sus activos fijos o inmovilizados y por sus activos circulantes. A mayor riesgo o inversión, mayor debe ser la utilidad y su valor. El Tribunal, señala el casacionista, de manera indebida dejó de analizar el daño concerniente a la desnaturalización o destrucción de la leche fluida; el valor de la pureza genética del hato en sí, pues los bovinos aniquilados eran ganado con pedigrí (genealogía de un animal de raza) y registrados tanto por la Asociación de Criadores de Ganado Holstein de Costa Rica, como por la Asociación Costarricense de Criadores de Ganado Jersey (folios 183 a 223, ambos inclusive, del expediente administrativo); la prohibición de venta de la leche; la no venta de animales machos de desecho para la actividad, así como de las hembras no idóneas; el crecimiento esperado y la utilidad en el desarrollo del hato, el crecimiento y producción del hato. Se debieron analizar también, apunta, los costos fijos de operación de la empresa, donde se mantuvo todo el activo fijo existente (la finca, las instalaciones, el equipo, etc.), que al afectarse los ingresos, involucró los activos circulantes, que, desde luego, al existir un flujo de caja negativo, inevitablemente se perjudicaron los pasivos circulantes, lo que generó una cadena de inestabilidad financiera en la compañía, pues se inmovilizaron parte de sus recursos o haberes al mermar sus ingresos o producción; la merma en la continuidad de la producción por la no ocupación de la capacidad instalada; la pérdida operacional a falta de producción; los costos de



carácter financiero referidos tanto a apalancamientos, como a los de inversión (ya estaba la finca, las instalaciones de mejoras o construcciones, el equipo, los potreros, las cercas, los apartos, los caminos internos, y toda la infraestructura en general); los costos indirectos de producción y administrativos que tuvo que soportar la compañía, etc. Situación jurídico procesal evidenciada, manifiesta, que provoca la nulidad del fallo recurrido. En consecuencia, se echa de menos un análisis en conjunto de la prueba existente, acorde con las reglas de la sana crítica racional. A manera de ejemplo, apunta, el informe CNRTB-149-07-2003, visible a folios 468-469 del expediente judicial, a pesar de ser prueba documental de carácter científico, fue desdeñado su valor probatorio por el Tribunal. A la vez que, teniendo el informe emanado de un funcionario de la Administración, una suerte de carácter sustitutivo de la absolución de posiciones (artículo 54.1 de la LRJCA), y/o la de constituir un testimonio (artículo 301.2 de la LGAP), comenta, el rendido por el Dr. José Joaquín Oreamuno Toledo, Director de Salud Animal, visible a folios 506 a 508 del expediente, según el cual, la tuberculina utilizada por la Administración para diagnosticar la tuberculosis bovina en el hato de la empresa actora, estaba amparada a un certificado de control de calidad, muy a pesar de que el mismo se considera dado bajo juramento, no lo trastoca en un peritaje o en una prueba de carácter o naturaleza técnico-científica, razón por la cual carece de respaldo fáctico que sustente lo ahí afirmado. Contrario a lo sostenido por el Tribunal, que ilegítimamente le concedió carácter o condición de peritaje y/o de prueba de carácter o naturaleza técnico-científica. En lo que a la extensión del daño material se refiere, comenta, el Ad quem fue omiso en considerar el acta de desnaturalización y destrucción de 2315 kilogramos de leche fluida (folio 31 del expediente judicial); la de cuarentena (folio 32); la constancia de visita No. 2635-A, donde se destruyen 4790 kilogramos de leche fluida y otros (folio 33); la de visita No. 2636-A, cuando se destruyen 1.458,5 kilogramos de leche fluida y otros (folio 34); el acta de decomiso No. 4171 de 417 kilogramos de leche fluida (folio 35); la constancia de visita No. 2638-A donde consta, entre otras cosas, la destrucción de 2.773,6 kilogramos de leche fluida (folio 37); la certificación notarial de los oficios DZS/RH 009-00 y 007-00 DZS/RHN del 13 de enero de 2000, indicándole a la Cooperativa de Productores de Leche Dos Pinos R.L., la obligación de no recolectar leche fluida (folios 39 y 40); cinco actas notariales de destrucción de leche fluida (folios 229 a 233) del expediente principal; así como las experticias actuariales matemáticas realizadas por los licenciados Salvador

Hernández Araya y Leonel Centeno Madrigal (respectivamente a folios 234 a 255 y 513 a 529). En conclusión, anota, se trasgredieron, por aplicación indebida, los cánones 11, 33, 41, 45, 50 de la Constitución Política; 190.2, 194.1.2.3 de la LGAP; 3, 7 de la hoy derogada Ley de Tuberculosis Bovina, número 1207; por falta de actuación, los numerales 190.1, 191, 192 y 196 de la LGAP. Además, como normas de valor, se trasgredieron los artículos 298.2 de la LGAP y 330 del

Código Procesal Civil.

XVIII .- A la luz de la formulación, el presente agravio se subdivide en dos puntos. En el primero, afirma el casacionista, la indemnización por concepto del sacrificio de los semovientes propiedad de su representada debió ser del 100% y no solo del 50%. Ello por cuanto, no existió certeza de la infección de tuberculosis, debido a que la prueba de tuberculina no resultaba suficiente, sino que debieron practicarse pruebas complementarias de laboratorio, pues solo así se podía diagnosticar, a ciencia cierta, la tuberculosis bovina. Al respecto, precisa señalar lo siguiente. Como se indicó en el considerando XI de esta sentencia, lo consignado en el hecho demostrado antecedido con el número 20, en cuanto a que las tuberculinas utilizadas y aplicadas a los animales de la parte actora se encontraban amparadas a un certificado de control de calidad y eficacia, es equívoco, pues resulta ayuno de prueba idónea con la cual se demuestre esa situación fáctica. Sin embargo, como hartos se ha expuesto, entre otros, en el apartado XII, esa circunstancia no conlleva la quiebra del fallo. En tres ocasiones, distintas personas o instituciones, determinaron la existencia de tuberculosis en los animales de la empresa actora: primero fue el veterinario del matadero El Valle, doctor Ricardo Aguilar Jiménez; luego, los estudios de laboratorio efectuados por el LANASEVE; y, por último, las pruebas de tuberculina aplicadas por los funcionarios del MAG. Debido a esos resultados positivos coincidentes, y ante la ausencia del certificado de control de calidad y eficacia, surge una duda razonable en cuanto al brote de tuberculosis, lo cual, al amparo del principio precautorio (derivado, a nivel constitucional, de los cánones 46 y 50; y expresamente regulado en la Ley de Biodiversidad en su numeral 11), obligaba a la Administración Pública, en concreto, a la Dirección de Salud Animal del MAG, a actuar de la manera como lo hizo. Por otro lado, en el considerando XVI se analizó el por qué, a juicio de esta Sala, no lleva razón el casacionista en su alegato de que no era suficiente el resultado de la aplicación de la tuberculina, sino que se imponía realizar, además, pruebas confirmatorias o de carácter laboratorial. Consecuentemente, al amparo de lo expuesto, y como bien lo indicaron los juzgadores de las instancias, la Administración Pública actuó de manera lícita y normal al ordenar, entre otras medidas, el sacrificio de los animales que reaccionaron positivamente a las pruebas aplicadas. En este sentido, se reitera, el motivo lo constituye la duda razonable en torno a la existencia del brote de tuberculosis en la finca de la empresa actora, a fin de proteger la salud humana, animal y el ambiente. En cuanto al aspecto indemnizatorio por ese tipo de actuar administrativo, dispone el numeral 194 de la LGAP: “1. La Administración será responsable por sus actos lícitos y por su funcionamiento normal cuando los mismos causen daño a los derechos del administrado en forma especial, por la pequeña proporción de afectados o por la intensidad excepcional de la lesión. / 2. En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de

su pago, pero no el lucro cesante. / 3. El Estado será responsable por los daños causados directamente por una ley, que sean especiales de conformidad con el presente artículo.”(Lo subrayado es suplido). Sin embargo, tratándose de la reparación pecuniaria ante el sacrificio de semovientes por estar enfermos de tuberculosis, contrario a lo afirmado por el casacionista, la anterior disposición no resulta aplicable. Existe normativa especial: la contenida en la Ley número 1207 del 9 de octubre de 1950. Se trata de una ley específica en torno a esa materia – tuberculosis bovina-, no general como lo dispuesto en la LGAP. En este sentido, el canon séptimo dispone: “Con base en el peritazgo ha (sic) que se ha hecho referencia, el dueño del animal sacrificado, tan pronto presente su reclamación, será indemnizado por el Estado con el 50% del valor fijado por los peritos del Banco Nacional. No obstante lo dicho en este artículo, el Estado, en caso de animales asegurados, solo estará obligado a pagar al dueño de los mismos la diferencia que resultare en su contra entre el seguro y el 50% a que se refiere este artículo.”(Lo subrayado es suplido). Lo afirmado por el recurrente, en el sentido de que “... si se demuestra fehacientemente la enfermedad del bovino eutanasiado, procede como indemnización, únicamente el 50% de su valor pericialmente determinado (artículo 7 ibídem) ... pero si hay duda sobre si el animal está enfermo o éste se encuentra sano, debe pagarse el 100% del valor de tal animal ...” no es de recibo. Como se apuntó, la ausencia de certeza científica no era óbice para que la Administración Pública actuara de la manera como lo hizo, ya que el principio precautorio así lo exigía. Por su parte, la ley en comentario solo prevé, como indemnización, el pago del 50% del valor, pericialmente fijado, de los animales sacrificados, tal y como fue resarcida la sociedad demandante (véanse los hechos probados 17 y 19, no cuestionados por el casacionista), no el 100% en caso de duda. Por tanto, al haber sido indemnizada la empresa actora, en cuanto al sacrificio de sus semovientes, según lo dispuesto en la normativa aplicable al sub júdice, se colige la improcedencia del reclamo de mérito.”

c) Sustento constitucional de las medidas cautelares

[SALA CONSTITUCIONAL]⁷

“V.- ANÁLISIS DEL TRIBUNAL. Si bien el presente es un proceso "especial" minero, por cuanto se impugnan en esta sede resoluciones emanadas de la Dirección de Geología y Minas, emitidas durante el ejercicio y extinción de una concesión para la extracción y procesamiento de recursos minerales (artículo 94 del Código de Minería), lo cierto es que, en el fondo, el debate se concentra mayormente en el análisis de legalidad de una medida cautelar (Res. N°590-2001) dictada en el marco de la concesión, y cuyo contenido es estrictamente de orden ambiental, en tanto tenía por objeto prevenir la eventual producción de daños a un manto acuífero (Colima Superior) que discurre por los terrenos de la zona donde

se ejecutaba la explotación minera. La medida precautoria aludida (primer acto impugnado), dispuso la suspensión de todas las labores que llevaba a cabo la accionante en ese momento y solicitó informes técnicos para conocer con mayor precisión la posible afectación del acuífero indicado. A juicio de la Dirección de Geología y Minas, con posterioridad la aquí actora incumplió con lo establecido en la medida cautelar ya referida, y en consecuencia, ordenó la cancelación de la concesión que en su oportunidad le había sido otorgada a la empresa Productos Pedregal S.A. (Res. N°451-2002). Conforme se dirá, el Tribunal estima que los actos impugnados resultaron conformes con el ordenamiento jurídico, y en tal caso, la demanda no puede prosperar.-

VI.- DESARROLLO CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS COMO PARTE DEL RECURSO HÍDRICO Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. La Sala Constitucional se ha ocupado de analizar ampliamente el tema de la protección del medio ambiente, y en lo que corresponde en particular a las aguas subterráneas, creó un precedente en la resolución N°2004-1923 de las 14:55 horas del 25 de febrero del 2004, que por su rigor jurídico y amplitud, se ha estimado importante citar, en lo conducente:

"V.- AGUAS SUBTERRÁNEAS. Frente a las aguas denominadas superficiales, en cuanto discurren sobre la corteza terrestre, y pueden ser objeto de aprovechamientos comunes o especiales, se encuentran las subterráneas. Las aguas subterráneas son aquellas que se encuentran bajo la superficie terrestre ocupando los espacios vacíos en el suelo o las rocas, su fuente más importante lo son las precipitaciones pluviales que se infiltran en el suelo. El suelo, por su parte, está compuesto por dos niveles que son los siguientes: a) Superior o zona de aireación, en el cual los espacios vacíos están ocupados por el aire y el agua infiltrada que desciende por gravedad y b) otro debajo de éste denominado zona de saturación, en la que los espacios vacíos están llenos de agua que se mueve lentamente y cuyo nivel superior se denomina tabla de agua, nivel hidrostático o freático. Las aguas incluidas en los espacios porosos de la zona de saturación, en formaciones geológicas, se denominan mantos acuíferos o de aguas subterráneas. El gradiente hidráulico es la diferencia de altitud entre dos puntos de la misma tabla de agua –nivel freático-, en relación con su distancia horizontal, la velocidad de movimiento de las aguas subterráneas depende, en esencia, del gradiente hidráulico. Las aguas subterráneas son parte esencial del ciclo hidrológico, así del total del agua de la hidrosfera el 2,4% es agua dulce, de esta un 78,1% se encuentra congelada, un 21,5% corresponde a las aguas subterráneas y un 0,4% son superficiales que se encuentran en ríos y lagos. En la región centroamericana la principal fuente de abastecimiento público son las aguas subterráneas, frente a las superficiales que están notablemente expuestas a su contaminación y degradación por las nocivas prácticas del uso de la tierra y la



expansión urbana descontrolada. Para el caso particular de nuestro país se ha estimado que la recarga potencial anual de aguas subterráneas es de aproximadamente 47 000 millones de metros cúbicos por año, lo que significa un 20% de la precipitación, igualmente se ha calculado que de los 750 000 metros cúbicos de agua diarios para consumo humano que se utilizan, un 70% (500 000 metros cúbicos por día) provienen de captaciones de aguas subterráneas. El consumo y uso de las aguas subterráneas, respecto de las superficiales, presenta ventajas cualitativas y cuantitativas evidentes y claras como las siguientes: a) La inversión para la extracción y explotación de las aguas subterráneas potables se realiza en forma gradual dependiendo del aumento de la demanda del servicio y las áreas de captación pueden ser ubicadas cerca del lugar donde se produce la demanda, todo lo cual reduce los costos de conducción, tratamiento y almacenamiento; b) la calidad físico-química natural de las aguas subterráneas es más constante que las superficiales y es potable con poco o ningún tratamiento; c) al existir suelo o rocas por sobre las aguas subterráneas se encuentran más protegidas de la contaminación de origen natural o humano; d) las variaciones en cantidad y disponibilidad en épocas secas o de precipitación pluvial son mínimas comparadas con las de las aguas superficiales; e) constituyen una reserva estratégica para hacerle frente a estados de emergencia por calamidad pública, conmoción interna (v. gr. terremotos, huracanes, erupciones volcánicas, etc.) o guerra.

VI.- AGUAS SUBTERRÁNEAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. El tema de las aguas subterráneas se encuentra íntimamente ligado a varios derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional e instrumentos internacionales de derechos humanos. Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, enuncia el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual se logra, entre otros factores, a través de la protección y conservación de la calidad y cantidad del agua para consumo y uso humano y para mantener el equilibrio ecológico en los hábitats de la flora y la fauna (v. gr. humedales) y, en general, de la biosfera como patrimonio común de la humanidad. Del mismo modo, el acceso al agua potable asegura los derechos a la vida –“sin agua no hay vida posible” afirma la Carta del Agua aprobada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968-, a la salud de las personas –indispensable para su alimento, bebida e higiene- (artículo 21 de la Constitución Política) y, desde luego, está asociado al desarrollo y crecimiento socio-económico de los pueblos para asegurarle a cada individuo un bienestar y una calidad de vida dignos (artículo 33 de la Constitución Política y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La escasez, la falta de acceso o disponibilidad y la contaminación de ese líquido preciado provoca el empobrecimiento de los pueblos y limita el desarrollo social en grandes proporciones. Consecuentemente, la protección y explotación de los reservorios de aguas subterráneas es una obligación estratégica para preservar la

vida y la salud de los seres humanos y, desde luego, para el adecuado desarrollo de cualquier pueblo. En el año 1995 se estimó que 1000 millones de habitantes no tenían acceso al agua potable y se calcula que para el año 2025 cerca de 5.500 millones de personas tendrán escasez de agua, siendo que anualmente mueren entre 5 y 10 millones de personas por uso de agua no tratada. En otro orden de ideas, actualmente, se ha reconocido el deber de preservar, para las generaciones futuras, unas condiciones de existencia al menos iguales a las heredadas (desarrollo sostenible), por lo que la necesidades del presente deben ser satisfechas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para hacerlo con las propias (Principio 2 de la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972). En esencia, el agua, desde un punto de vista económico y ecológico, es un bienpreciado, puesto que, es indispensable para cualquier actividad humana (industrial, agrícola, doméstica, comercial, servicios etc.), como fuente de energía, materia prima, vía de transporte, soporte de actividades recreativas y elemento constitutivo para el mantenimiento de los ecosistemas naturales –uso del agua no contaminante o compatible con el ambiente-.

(...)

X.- CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS. A diferencia de la contaminación de las aguas superficiales que suele ser patente y visible, lo que permite tomar acciones ambientales tendentes a mitigarla o erradicarla, la de las aguas subterráneas, por su propia naturaleza, suele pasar inadvertida y se hace evidente cuando ha alcanzado grandes proporciones. Los mantos acuíferos por la lenta circulación de las aguas, la capacidad de absorción del terreno y otros factores, pueden tardar mucho tiempo en mostrar la contaminación. Adicionalmente, el gran volumen de las aguas contenido hace que las contaminaciones extensas tarden un lapso prolongado en manifestarse o bien cuando se trata de contaminaciones localizadas se detectan cuando fluyen en algún sitio de explotación. Ciertamente, este tipo de aguas tienen una resistencia a contaminarse, sin embargo cuando esta se produce su regeneración puede ser extraordinariamente lenta y en ocasiones es irreversible por el alto costo de los medios para hacerlo. Está demostrado que los intentos para reparar el daño producido por contaminación a un acuífero para lograr, de nuevo, niveles de potabilidad del agua no han tenido éxito, las tecnologías para su limpieza han contribuido poco a reducir el daño y los métodos son económicamente muy elevados. A lo anterior debe agregarse la falta de infraestructura organizacional, recursos materiales, financieros y humanos, en este último caso, debidamente capacitados para evaluar, medir y, en general, monitorear la calidad de esta agua y la dimensión exacta de su contaminación. La degradación y contaminación de los mantos acuíferos le impone al legislador y a las administraciones públicas la



tarea urgente e impostergable de protegerlos. La contaminación de las aguas subterráneas puede ser directa o indirecta, lo es del primer tipo cuando se introducen directamente las sustancias contaminantes en el acuífero como el caso de los pozos negros o pozos de inyección, lo es del segundo tipo cuando con dilución se produce por contaminación de la recarga natural. Los agentes de contaminación pueden ser de muy diversa índole, esto es, minerales, orgánicos degradables (excretas y purinas), orgánicos poco o no degradables (pesticidas, detergentes, hidrocarburos), biológicos (bacterias, virus, algas), radioactivos y gaseosos. La contaminación de los acuíferos depende de los condicionantes geológicos, hidráulicos y químicos de cada lugar o emplazamiento, por lo que está en función de factores locales razón por la cual se precisa del conocimiento de cada zona y del estudio de casos similares. Los orígenes de la contaminación de los acuíferos pueden ser de muy diversa índole, tales como los siguientes: a) contaminación por actividad doméstica, la cual es orgánica y biológica y nace de tanques sépticos, fugas del sistema de alcantarillado, vertido de aguas negras, a lo que se debe agregar el aumento de productos químicos de uso doméstico como los detergentes; b) contaminación por actividades agrícolas, tenemos aquí el uso de abonos artificiales a base de nitratos, fosfatos y potasa o naturales -a base de estiércol-, el riego con aguas residuales y de alta salinidad y el uso de pesticidas (insecticidas, herbicidas y plaguicidas); c) contaminación por la ganadería, esencialmente, es orgánica y biológica, similar a la doméstica pero más intensa cuando se trata de granjas intensivas; d) contaminación por aguas superficiales, cuando recargan y se encuentran, a su vez, contaminadas; e) contaminación por intrusión salina, se produce cuando las aguas marinas y saladas se introducen en las regiones costeras por la sobreexplotación, a través de pozos, de los acuíferos costeros; f) contaminación por actividades mineras – mineral –, se relaciona con evacuaciones de aguas de mina y lavaderos de mineral; g) contaminación por actividades industriales, este tipo es tan variado como el tipo de industria que la origina, siendo especialmente nocivas las provocadas por metales pesados provenientes de la industria metalúrgica, así como de las industrias químicas, petroquímicas de alimentos (sustancias orgánicas) y bebidas (detergentes); h) contaminación por actividades nucleares, aunque excepcional en nuestro medio, puede provenir de plantas de tratamiento de combustibles irradiados y de minerales radioactivos y de la actividad médica; i) contaminación a través de pozos mal construidos, los pozos pueden intercomunicar varios mantos acuíferos y cuando tienen entubamientos rotos o corroídos en niveles de aguas de mala calidad o que permiten la entrada de aguas superficiales pueden provocarla; j) contaminación a través del vertido de aguas residuales a través de pozos negros, tanques sépticos, fugas de la red de alcantarillado o vertido indiscriminado a las cuencas hidrográficas; k) contaminación por vertido de desechos sólidos, se produce cuando se construye un relleno sanitario en terrenos permeables o no

impermeabilizados a través de los lixiviados; l) contaminación por pozos de inyección -forma de utilización del subsuelo como almacén de residuales- mal proyectados, construidos o utilizados.

XII.- PROTECCIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. Por las características de la contaminación de los mantos acuíferos destinados al abastecimiento público y su difícil regeneración, las medidas para evitar la contaminación deben ser preventivas y protectoras, mediante la prohibición de ciertas actividades humanas en determinadas zonas u ordenando medidas de seguridad sobre ciertas actividades potencialmente contaminantes. Nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (legislación, reglamentos y decretos) carece, lamentablemente, de una regulación precisa, clara y completa para la protección de los mantos acuíferos, zonas de recarga y áreas de captación de aguas subterráneas. En la legislación extranjera (v. gr. Ley de Aguas española 29/1985 del 2 de agosto) se prevén algunas potestades extraordinarias de intervención administrativa en la economía del agua que atañen directamente a la protección de los mantos acuíferos, en aras de lograr un aprovechamiento sostenido de los recursos hídricos, esto es, para garantizar una disponibilidad de agua en cantidad suficiente y calidad requerida para atender la necesidades humanas y ecológicas presentes y futuras. Estas potestades administrativas extraordinarias, que deben ser admitidas en nuestro ordenamiento jurídico -pese a su falta de regulación- como implícitas en la competencia expresa y general de protección y conservación de las aguas subterráneas que tienen atribuidas el Estado y los entes descentralizados del sector hídrico, tienen sustento en la necesidad de lograr una utilización racional y equilibrada del agua. La escasez y degradación de las condiciones naturales del recurso hídrico imponen la posibilidad administrativa de adoptar tales medidas para evitar su agotamiento o deterioro irreversible y de superar, temporalmente, los efectos nocivos que pueda generar una crisis hídrica. (...)"

Tomando en consideración el anterior desarrollo constitucional sobre la protección de las aguas subterráneas, por ser plenamente aplicable al caso concreto, a continuación se emite pronunciamiento sobre los alegatos formulados en la demanda.-

VII.- SOBRE EL MOTIVO DE LA RESOLUCIÓN N°590. Argumenta la empresa actora que la mencionada resolución carece de motivo, por cuanto estableció la existencia de conductas generadoras de un daño ambiental, cuando en realidad el afloramiento producido no es más que el impacto ambiental que la propia Administración sabía que podía ocurrir con ocasión de la explotación minera, y que de acuerdo con el mismo artículo 9 de la Ley de Aguas, el afloramiento de aguas con motivo de una explotación minera no es solo un impacto esperado, sino legalmente admitido. Que en consecuencia, el afloramiento ocurrido en la zona no



puede estimarse como un daño ambiental. Los alegatos no son de recibo. Es consabido que todo acto administrativo debe contener un motivo (artículo 133 de la Ley General de la Administración Pública), por ser éste uno de los elementos esenciales que configura la validez de toda conducta administrativa. Diríase que el motivo está conformado por las razones de hecho y de derecho (antecedentes) que posibilitan la emisión de todo acto. El motivo está indisolublemente vinculado con otro elemento esencial, es decir, con el fin (artículo 131 Ley General de la Administración Pública), y éste último a su vez presupone la necesaria competencia del órgano que dicta el acto (artículo 129 ibid.). Pues bien, en el caso concreto, independientemente de si hubo denuncia pública o no, lo cual se estima intrascendente en función del conflicto de fondo, la Dirección de Geología y Minas, órgano perteneciente al Ministerio de Ambiente y Energía, en el uso de sus facultades de inspección de las actividades mineras nacionales (artículo 97 inciso ch, anteriormente artículo 93), realizó una visita de campo el día 3 de agosto del 2001 en la zona donde se explotaba el Tajo Pedregal, ubicada o en el distrito de San Antonio, cantón de Belén, provincia de Heredia. Dicha visita fue realizada por los funcionarios Marlene Salazar Alvarado (Subdirectora General), Ana Sofía Huapaya (Geóloga) y Edgar Sandí (Ingeniero Forestal), en compañía de representantes de la empresa actora (ver folio 601 del tomo III del expediente administrativo). Luego de una verificación de las condiciones del sector, constataron la existencia de un nuevo afloramiento del acuífero Colima Superior, que discurre por la zona donde se realiza la explotación minera, y en su informe concluyeron que se había producido lo siguiente: 1) la afectación del acuífero Colima Superior en el sector este del área concesionada, 2) la afectación de la zona de protección que establece el artículo 33 de la Ley Forestal, 3) el incumplimiento de los artículos 8 y 11 de la Ley de Biodiversidad. En ese sentido, como parte de las recomendaciones señaladas en el informe levantado al efecto por los referidos funcionarios (Memorandum DGM-DC-803-2001), se propuso la suspensión inmediata de labores de explotación y procesamiento de materiales de la empresa Pedregal S.A., y que se solicitara a SETENA y al ICAA la valoración del eventual daño ambiental al acuífero, y a la empresa concesionaria la presentación de un estudio hidrogeológico con la caracterización del acuífero en el área y la determinación de los niveles freáticos, para determinar las cotas mínimas de extracción. El Director General de Geología y Minas acogió dicho informe y sustentó el acto impugnado con base en aquél, disponiendo la inmediata suspensión de labores de explotación y procesamiento de material de cantera que desarrollaba la actora, y ordenando el cumplimiento de las recomendaciones indicadas en el memorandum de cita. De una lectura de la motivación (fundamentación) del acto cuestionado, claramente se advierte que su objeto lo era la protección y preservación del acuífero Colima Superior, y por ende, su fin era la protección del medio ambiente, cuya base jurídica reside en el derecho



fundamental a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y en el derecho a la salud, que sobra decir, son derechos consagrados en nuestra Constitución Política y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, según se vio antes. También huelga mencionar que por disposición constitucional, el Estado está en el deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (art. 50), de manera que ni siquiera cabe cuestionarse la clara competencia de la Dirección de Geología y Minas (órgano estatal), para adoptar actos administrativos tendientes a proteger ese derecho, siendo que en el caso de medidas cautelares emitidas en favor del ambiente, como resulta ser el caso que nos ocupa, el fundamento jurídico para su adopción es provisto por el principio precautorio o indubio pro natura, contenido en el principio 15 de la Declaración de Ambiente y Desarrollo (Río, 1992) y los incisos 1 y 2 del artículo 11 de la Ley de Biodiversidad, en relación con el numeral 45 de la misma legislación. Es así que, con base en lo anterior, y sin detrimento de las consideraciones que se harán más adelante, el Tribunal estima que, contrario a lo argumentado por la actora, la resolución N°590 contaba con motivo suficiente y el mismo era legítimo. En efecto, véase que, en la especie, el órgano público competente en materia de concesiones para la explotación de recursos minerales, realizó una inspección de campo en la zona de la concesión de Pedregal S.A., encontró irregularidades que podían poner en peligro el manto acuífero Colima Superior, y advirtiendo lo anterior, en el uso de sus competencias legales y constitucionales, emitió una medida cautelar en protección del ambiente y la salud, ordenando la suspensión de las labores de explotación y procesamiento de material de cantera que realizaba la accionante. En sustento de esa medida invocó como fundamento jurídico el artículo 50 de la Constitución Política, jurisprudencia de la Sala Constitucional (votos 503-94, 1394-94 y 1758-94), el ordinal 11 de la Ley de Biodiversidad, el numeral 1 de la Ley General de Agua Potable, artículo 1 de la Ley General de Salud y en las disposiciones 93 y 98 del Código de Minería (actualmente 97 y 102). En conclusión, la resolución administrativa combatida contaba con un motivo legítimo, en el tanto, para el momento de su dictado, se constató la existencia de circunstancias que ponían en peligro el acuífero Colima Superior (hecho constatable por apreciaciones técnicas), así como la salud de las personas (por ser una fuente utilizable para el abastecimiento de agua); al tiempo que existían normas jurídicas (antecedente de derecho) que sustentaban el proceder de la Dirección de Geología y Minas, es decir, la toma de medidas precautorias en resguardo de aquellos bienes de interés general y superior. Siendo así, no se encuentra violación alguna por falta de motivo, por lo que procede rechazar los argumentos esbozados por la actora en tal sentido. Estima importante el Tribunal agregar a lo ya resuelto, que no es relevante, por no ser el punto neurálgico de esa litis, la discusión que pretende incorporar en este juicio la empresa demandante, en el sentido de que la medida



cautelar impugnada estableció erróneamente la existencia de daños ambientales, cuando en realidad lo que se produjo fue un impacto ambiental previsto por la propia Administración. En criterio de esta cámara, independientemente de la nomenclatura que la DGM le haya asignado a los hallazgos constatados en la cantera explotada por la actora, tema secundario a los efectos de lo que aquí se analiza, es un hecho innegable e indiscutible que en la zona concesionada se pudo verificar un nuevo afloramiento del acuífero Colima Superior, y ese hecho, por sí mismo, justificaba, tal y como se dirá más adelante, la medida de paralización de las actividades desarrolladas por la empresa accionante en los terrenos concesionados, en resguardo de un interés general de primer orden, cuál resulta ser la protección del recurso hídrico, máxime tratándose de aguas subterráneas, cuya eventual contaminación pondría en serio riesgo su futura utilización para el abastecimiento a los habitantes. Así lo confirma la prueba testimonial recabada en autos. En ese sentido, los testimonios de las señoras Marlene Salazar Alvarado, Cynthia Cavallini Chinchilla y Ana Sofía Huapaya Rodríguez Parra, ofrecidos por la parte demandada, reiteran lo que de por sí se desprende del expediente administrativo, esto es: que se constató que en la zona de la concesión se estaba rompiendo el manto acuífero y el agua estaba aflorando a un nivel por encima del nivel freático, que en virtud de ello se tomaron las medidas de suspensión de las obras de explotación, al tiempo que se solicitaron estudios más detallados, los cuales una vez presentados, resultaron incompletos y hasta contradictorios. Que se hizo una valoración de todos los estudios presentados por AyA y SETENA y los aportados por la actora, concluyéndose que debía mantenerse la suspensión, hasta tanto no se presentaran estudios hidrogeológicos más completos, pues los presentados concluían que faltaban estudios más específicos para determinar la posición del nivel freático. Que posteriormente se autorizó el uso del quebrador en el sector oeste, pero más tarde a través de una inspección se determinó el incumplimiento de las medidas establecidas en la resolución N°590, recomendándose la cancelación de la concesión. La patente falta de información científica a efecto de ponderar la mayor o menor vulnerabilidad del acuífero Colima Superior, frente a la actividad minera desplegada en la zona, no fue refutada por la prueba testimonial ofrecida por la parte actora. Nótese que la declaración del geólogo Hugo Virgilio Rodríguez Estrada, testigo aportado por la parte accionante, se enfoca en hacer referencia a aspectos que, en modo alguno, desvirtúan el proceder de carácter preventivo que desplegó la Administración con el dictado de la medida cautelar. Básicamente su

testimonio se orientó en plantear: que los brotes de agua son impactos esperados, que la Toma Zamora es una zanja excavada por el AyA, que la salida de agua no es nueva porque ya existía desde antes de tener la concesión, que hasta donde sabe no ha habido cambios en la calidad del agua del acuífero como resultado de la explotación del tajo, y que su persona fue responsable de definir un



área de protección para la calidad del agua de la zanja del AyA, afirmando algunos detalles sobre ese particular. Es decir, en toda su declaración no hace ninguna referencia al segundo afloramiento encontrado por la Dirección de Geología y Minas en la visita realizada en el año 2001, ni tampoco señala si para ese momento habían elementos claros y contundentes para garantizar la inocuidad de las aguas subterráneas, o bien, si las acciones dispuestas por la Administración en aquel momento, con la medida cautelar, resultaron absolutamente contrarias a la ciencia o la técnica. Por el contrario, llama la atención que sobre el segundo afloramiento adujo lo siguiente: "Sobre si sabe sobre un segundo afloramiento ocurrido en la cantera, responde que si, "es mas en el último de los estudios que hice en el 2003 donde se definió el área de protección hacia un afloramiento hacia el área del este yo no sabría asegurar si corresponde con el afloramiento que yo conocí a principio de los ochenta que se hubiera ido corriendo a causa de la extracción del material. 10- Este segundo afloramiento técnicamente no debió haber ocurrido, a menos que el nivel del agua variara por condiciones estacionales que sería la única razón que veo por la que pueda variar el nivel del agua." (ver folio 854 -la negrita no es del original-). Según puede verse, existen claras imprecisiones en lo declarado por el testigo en relación con este segundo afloramiento (motivo del acto impugnado), en el tanto no supo definir la causa del mismo, ni mucho menos explicó si existía o no peligro de afectación del acuífero, producto de las salida de esas aguas a la superficie. Para mayor abundamiento, téngase en cuenta lo declarado por el Dr. Allan Astorga Gatgens, quién luego de repetir en su testimonio lo que ya había indicado en su documento: "Análisis Técnico de la resolución 590-2001 de la Dirección de Geología y Minas del Ministerio de Ambiente y Energía", que consta en autos y del cual se hará referencia más adelante, fue clarísimo en indicar en breves líneas lo siguiente: "Para el momento en que se dictó la resolución 590, únicamente se contaba con el plan de explotación en poder de la dirección de geología y minas, y la observación directa del tajo." (ver folio 903). De conformidad con lo anterior, es dable concluir que el motivo del acto resulta legítimo, no habiendo logrado la actora cuestionar los elementos de hecho y de derecho que le dieron sustento, a partir de argumentaciones que pretenden desviar la atención hacia otros aspectos no esenciales. Bajo ese mismo esquema, se estima que a nada conduciría entrar a analizar si, conforme al numeral 9 de la Ley de Aguas, el afloramiento de un acuífero con ocasión de una explotación minera es o no un impacto esperado y legalmente admitido, pues aún de aceptarse tal razonamiento, no significa que entonces El Estado y los entes públicos menores competentes, no puedan o no deban ejercer sus potestades en cualquier momento con el objeto de proteger y conservar el recurso hídrico, especialmente como en este caso, tratándose de una situación de riesgo. Por paridad de razones, no es aceptable, desde ningún punto de vista, pretender atacar la medida cautelar aquí impugnada, argumentando que



a pesar de las inspecciones realizadas a través del tiempo por parte de los órganos y entes públicos competentes (DGM, AyA y SETENA), nunca se le advirtió a la actora la necesidad de guardar áreas de protección al amparo del artículo 33 de la Ley Forestal, pues por principio básico y constitucionalmente estatuido, nadie puede alegar desconocimiento de la ley, y todo caso, de haber incurrido aquellas autoridades públicas en eventuales omisiones en el ejercicio de sus competencias, ello no es objeto de debate en este proceso de acuerdo con las pretensiones esgrimidas, amén de que la Administración no está llamada a intervenir una única vez, sino tantas veces sea necesario para el resguardo de los intereses públicos cuya tutela tiene encargada por mandato legal y constitucional.-

VIII.- SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO EN EL CASO CONCRETO. En consideración de la actora, la medida cautelar tomada por la Dirección de Geología y Minas se encuentra viciada de nulidad absoluta, en virtud de que violentó el principio precautorio por indebida aplicación. Plantea que se optó por una prohibición total de las labores de extracción y procesamiento, omitiéndose ponderar la proporcionalidad y la evaluación económica costo/beneficio de la decisión tomada. Aduce que si bien le correspondía a la concesionaria aportar la información científica para hacer una evaluación de riesgo más completa, una vez aportada ésta se mantuvo sin razón la medida. Los argumentos no son de recibo. El principio precautorio, como fuente de carácter legal e internacional de aplicación en nuestro ordenamiento, permite que el Estado tome todas las acciones anticipadas necesarias para proteger y conservar el ambiente y la salud de las personas, cuando exista riesgo de que aquéllos puedan sufrir alguna afectación. La Sala Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en relación con el denominado principio precautorio y sus alcances, tal y como se desprende de la cita que se hace a continuación, que en lo que interesa dice:

"ORIGEN, CONTENIDO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO. El principio precautorio, desde su origen, tiene en consideración la falibilidad de la comprensión humana y la posibilidad de cometerse errores. En la segunda mitad de la década de los 70 del siglo pasado el gobierno federal de Alemania enunció el principio "Vorsorgeprinzip", al indicar que "no se consolida totalmente una política ambiental sólo mediante la eliminación de los peligros inminentes y la reparación del daño ocurrido. Una política ambiental precautoria requiere además que los recursos naturales sean protegidos y que las demandas sobre los mismos se manejen con cuidado" habiéndolo empleado para justificar la implementación de políticas contra la lluvia ácida y la contaminación del Mar del Norte. El principio aparece en el escenario internacional con los Tratados del Mar del Norte (Declaraciones de Bremen 1984, Londres 1987, Den Haag 1990 y Esbjerg 1995). Así, en la Declaración de Bremen de 1984 (Primera Conferencia Internacional



sobre Protección del Mar del Norte) se refiere la necesidad de adoptar medidas preventivas oportunas ante el nivel insuficiente de los conocimientos. Posteriormente, en la Declaración de Londres de 1987 (Segunda Conferencia Internacional sobre la Protección del Mar del Norte), se proclamó el principio para salvaguardar el ecosistema del Mar del Norte a través de la reducción de emisiones contaminantes de sustancias que son persistentes, tóxicas y susceptibles de acumulación en la fuente, mediante el uso de la mejor tecnología disponible y otras medidas apropiadas. Opción que resultaría de especial aplicación cuando mediara razón para presumir que tales sustancias pueden causar algún daño o efectos nocivos en los recursos marinos vivos, junto cuando no haya evidencia científica que pruebe el vínculo entre las emisiones y los efectos (principio de acción precautoria). En esta última declaración se dispuso que "(...) es necesario un criterio de precaución que pueda exigir la adopción de medidas (...) incluso antes de que se haya establecido una relación causal mediante pruebas científicas absolutamente manifiestas (...)". Con posterioridad, el principio es recogido en diversos tratados multilaterales y declaraciones internacionales tales como el Protocolo de Montreal sobre sustancias que debilitan la capa de ozono de 1987, la Declaración de Bergen sobre el Desarrollo Sustentable en la región de la CEE adoptada por los representantes de países europeos y Canadá de 1990, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992, el Convenio Marco de Cambio Climático de 1992, el Tratado de la Unión Europea de 1992, el Convenio para la Protección del Medio Ambiente Marino del Atlántico Nororiental de 1992, el Convenio de Helsinki sobre protección del medio ambiente marino en el Báltico de 1994, Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdos MSF) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994, el Programa de Acción de Washington para la Protección del Medio Marino de las actividades realizadas en Tierra de 1995, el Convenio de Londres sobre vertimientos al Mar, originalmente de 1992, en virtud de una enmiendas adoptadas en 1997 para la protección del ecosistema marino y el Protocolo de Naciones Unidas sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Montreal en el 2000, el Protocolo de Cartagena de Bioseguridad de 2000 y la Comunicación de la Unión Europea sobre el Principio Precautorio de 2000. Del mismo modo, el principio precautorio rápidamente asumió un enfoque general -que incluye los recursos naturales, ecosistemas, sector pesquero y forestal y la diversidad biológica- y no sólo circunscrito a las sustancias tóxicas. Así en la Declaración de Bergen (1990) se indicó que "Cuando haya amenazas de daño serio o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe usarse como razón para posponer la adopción de medidas que prevengan la degradación ambiental". Del mismo modo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (3-14 junio de 1992), en su principio 15, dispuso lo siguiente: "Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio



de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". Es así como el principio precautorio adquirió, incluso, una dimensión ética - de la ciencia y tecnología- que orienta las políticas ambientales, de salud, comercio, seguridad alimentaria y, en general, de desarrollo sostenible de los Estados. Pese al halo de incertidumbre que existe al definir o conceptualizar el principio precautorio, desde una perspectiva general, impone que cuando los riesgos ambientales son inciertos, imprevisibles y no desatendibles por una omisión o inacción de regulación ésta resulta injustificada. Dicho simplemente, la suma de un estado de incertidumbre científica o tecnológica -ante la carencia, insuficiencia o inadecuación de la información y conocimientos científicos disponibles acerca de la causalidad, magnitud, probabilidad y naturaleza de la lesión- y la posibilidad o amenaza de un eventual daño serio e irreversible es igual o debe ser equivalente a una acción precautoria o anticipada, la que puede tener por contenido, incluso, la prohibición o eliminación de determinados productos, actividades o sustancias. Lo anterior supone una evaluación objetiva del riesgo y de la relación costo-beneficio de la omisión o acción precautoria a la luz de la evidencia científica disponible que permita concluir que ésta es insuficiente, ausente o inadecuada, de modo que el principio precautorio no puede justificar la adopción de medidas arbitrarias y eventualmente discriminatorias. De otra parte, la aplicación del principio precautorio no supone una fosilización del estado de cosas vigente, al momento de adoptar las acciones pertinentes, que impida el progreso y la innovación, puesto que, las medidas de intervención o restricción deben mantenerse vigentes en tanto la información científica sea incompleta o no concluyente y el riesgo de lesión sea serio e irreversible, por lo que admiten su revisión periódica a la luz del progreso científico. Asimismo, al disponerse las medidas de restricción o intervención se debe respetar el principio de proporcionalidad, de modo que sean proporcionadas al nivel de protección y a la magnitud del daño potencial o eventual. El principio precautorio tiene sustento en que el medio ambiente y los ecosistemas no tienen la capacidad de asimilar o resistir ciertas actividades, productos o sustancias, de modo que busca anticiparse al daño y proteger la salud humana y el medio ambiente. (...)" (Resolución N° 17747-2006, de las 14:37 horas del 11 de diciembre del 2006).

Pues bien, tal y como lo aduce la accionante, en efecto la Sala ha establecido que la toma de una medida precautoria o anticipada, al amparo del principio precautorio, supone una valoración objetiva del riesgo y de la relación costo beneficio de la omisión o acción precautoria, de manera que no se lleguen a establecer medidas arbitrarias o discriminatorias. No obstante, ha de tomar en cuenta la actora que ello se refiere a aquellos casos en los cuales se cuenta con



suficiente evidencia científica, que permitiría contar con los elementos necesarios para determinar si existe o no una relación causal entre la actividad humana que resultaría afectada con la medida y el potencial daño al ambiente que se pretende evitar, o de existir alguna relación, el tipo de incidencia que se produce entre ambos, pudiendo de esa forma ponderarse si se justifica o no la acción precautoria o por lo menos si es viable modificarla, de manera que devendría en arbitraria e injustificada aquella que no es acorde con la realidad científica y técnica que reflejan los datos. En sentido contrario, y en ajuste al principio en cuestión, no resulta posible realizar una valoración como la indicada antes, en aquellos supuestos en los cuales no se cuenta con ninguna información científica, o bien, cuando ésta es insuficiente, en punto a determinar con absoluta certeza cuáles son los factores que podrían generar un daño al ambiente, y sobre todo tratándose de situaciones en las que el daño podría ser serio e irreversible. Es en estas situaciones dónde priva la protección y preservación del ambiente, debiendo disponerse de las medidas que aseguren la minimización de cualquier afectación a los recursos, aún cuando esto pueda suponer una grave restricción a un interés particular, toda vez que el primero se erige como un interés superior que beneficia a la colectividad, incluso al propio particular. Véase que aún cuando pueda existir duda sobre la producción de un daño grave o irreversible al medio ambiente, la norma obliga a adoptar la medida precautoria e incluso prevé la posibilidad de posponer "la actividad de que se trate", todo lo cual se justifica, en última instancia, en el hecho notorio de que los recursos naturales constituyen un elemento esencial para el mantenimiento de la vida humana, y en la medida en que se atenta contra el medio ambiente, por reflejo, se atenta también contra la salud de los seres humanos. En el caso concreto ello fue lo que ocurrió, en el tanto funcionarios expertos de la Dirección de Geología y Minas constataron, por la vía de la fiscalización, situaciones que afectaban el acuífero Colima Superior en la zona de la concesión, todo lo cual hacía necesario la toma acciones que tendieran a la efectiva protección y preservación de ese recurso hídrico, en virtud de las implicaciones que para la salud y el ambiente podrían generar, e incluso con el riesgo de que la afectación tuviere carácter irreversible. Si bien lo argüido no resulta descabellado, lo cierto es que en este caso se justificaba la imposición de la medida adoptada ordenando la paralización de todas las actividades de explotación y procesamiento de material, en virtud de la repercusión que para la vida humana y el ambiente representaba la eventual contaminación del acuífero en mención, dada su exposición a través del afloramiento encontrado en la inspección del 3 de agosto del 2001, teniendo en cuenta que la contaminación del acuífero implicaría a su vez la contaminación del agua que abastece el sistema de "Puente de Mulas", que es captada por el primer afloramiento ocurrido en 1991. En ese orden de ideas, se estima que la imposición de acciones como la tomada por la Dirección de Geología y Minas al momento del dictado de la resolución N°590, no



la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible –o una duda al respecto–, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido ya las consecuencias biológicas socialmente nocivas, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados en el ambiente”. Posteriormente, en el Voto No. 3480-03 de las 14:02 horas del 2 de mayo del 2003, este Tribunal indicó que “Bien entendido el principio precautorio, el mismo se refiere a la adopción de medidas no ante el desconocimiento de hechos generadores de riesgo, sino ante la carencia de certeza respecto de que tales hechos efectivamente producirán efectos nocivos en el ambiente”. Para el caso de las aguas subterráneas contenidas en los mantos acuíferos y áreas de carga y descarga, el principio precautorio o de indubio pro natura, supone que cuando no existan estudios o informes efectuados conforme a las regla unívocas y de aplicación exacta de la ciencia y de la técnica que permitan arribar a un estado de certeza absoluta acerca de la inocuidad de la actividad que se pretende desarrollar sobre el medio ambiente o éstos sean contradictorios entre sí, los entes y órganos de la administración central y descentralizada deben abstenerse de autorizar, aprobar o permitir toda solicitud nueva o de modificación, suspender las que estén en curso hasta que se despeje el estado dubitativo y, paralelamente, adoptar todas las medidas tendientes a su protección y preservación con el objeto de garantizar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En esencia, una gestión ambiental segura de las aguas subterráneas pasa por proteger el recurso antes de su contaminación o degradación.”

Precisamente, en el caso concreto no existía un estado de certeza acerca de la inocuidad de la actividad de explotación minera sobre el acuífero Colima Superior, y ante tal panorama, en aplicación del criterio esgrimido por la Sala y que comparte este Tribunal, lo que corresponde es suspender las actividades que estén en curso hasta que se despeje el estado de duda, todo con fundamento en el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Ahora bien, véase que un elemento esencial para estimar que el principio aludido fue bien aplicado en la especie, lo constituye el contenido del estudio aportado por SETENA, denominado: "Valoración del daño ambiental ocasionado por el proyecto de extracción minera de la empresa Productos Pedregal S.A.", presentado el 17 de setiembre del 2001 (folio 858 del tomo IV del expediente administrativo y 365 del expediente judicial), de acuerdo con el cual se encontraron daños efectivos así como posibles daños al ambiente, según se desprende de las conclusiones de ese estudio, que a continuación se citan:

"... VIII. Conclusiones.

Basado en la investigación realizada por el equipo técnico designado por esta Secretaría, se llega a las siguientes conclusiones: Se comprobó daño ambiental en los siguientes factores:

1. Zona de protección del Río Virilla.

a. Se removió una franja aproximada de 300 m lineales de vegetación en el sector oeste de la concesión.

b. Por las diversas actividades en el Tajo se irrespetó la franja de 50 m a lo largo del río, lo que impidió su recuperación natural o por reforestación. El área total correspondiente a zona de protección es de 73500m².

2. Río Virilla.

a) Se dio arrastre de sedimentos e hidrocarburos hacia el río Virilla, alterando negativamente sus calidades fisicoquímicas.

3. Aguas subterráneas.

a) La exposición del acuífero Colima Superior es un daño irreversible al medio ya que es imposible volver a la situación inicial.

4. Paisaje.

a) La labor extractiva, las explosiones y los derechos sólidos causan un alto impacto negativo sobre el paisaje.

b) La extracción en los frentes Oeste y Este presentan taludes con ángulos de 90 grados y sin bermas.

5. Salud Pública.

a) El Tajo Pedregal, por acciones de extracción, explosiones, quebrado, proceso de producción de mezcla asfáltica, proceso de producción de blocks, disposición de aguas negras y el taller, es responsable parcial de afectaciones a la salud pública generadas por polvo, ruido y vibraciones.-

Se determinó un posible daño ambiental en los siguientes factores:

1. Río Virilla.

a. La acumulación de concreto que se encuentra dentro del lecho del río puede producir un cambio en el comportamiento de la capacidad hidráulica de su cauce.

2. Toma Zamora

a. La Planta de Concreto, la Planta de Asalto, la Planta de Tratamiento y la fábrica de blocks están invadiendo la Zona de Protección de la Toma Zamora, lo que incrementa la vulnerabilidad a la contaminación y al daño estructural.

3. Aguas Subterráneas

a. La apertura del acuífero en el frente Este podría estar ocasionando disminuciones en la descarga de agua a nivel local.

b. El acuífero Colima Superior presenta alta vulnerabilidad debido a su exposición y por contar con una protección, a lo sumo de 2 m de profundidad en toda el área del pit.

c. Las eventuales inundaciones y la presencia del quebrador del sector este, acumulaciones de áridos y acumulaciones de restos asfálticos que están en la Zona de Protección del manantial, son posibles fuentes de contaminación, no solo microbiológica sino química.

4. Salud ocupacional.

a. Los ángulos de 90 grados ponen en peligro latente la vida de los trabajadores.

b. La constante generación de polvo y partículas debidas a la extracción, explosiones, quebrado, planta de asfalto y fábrica de blocks, pueden causar afecciones respiratorias a los trabajadores de planta." (la negrita no es del original).-

En suma, el contenido del estudio de la SETENA confirma que la medida cautelar fue emitida conforme a derecho, pues refleja la existencia de una serie de daños -y posibles daños ambientales- en la zona concesionada, estudio que fue preparado con posterioridad a la inspección realizada por los funcionarios de Geología y Minas, y a partir del cual se refuerza la tesis de que para ese momento no era posible descartar con absoluta certeza que la actividad de explotación afectaba al medio ambiente, especialmente el acuífero Colima. Por otra parte, cabe resaltar que no lleva razón la actora cuando afirma que la Administración decidió mantener la suspensión total de las labores de extracción y procesamiento, a pesar de haberse presentado los informes solicitados en la resolución N°590 citada, por cuanto del expediente administrativo se desprende que la Dirección de Geología y Minas, mediante resolución N°784, de las 9:40 horas del 16 de diciembre del 2001, amparada en el contenido de la resolución N°623-2001 de SETEA y el Memorandum DGM-DC-1018-2001, dispuso levantar parcialmente la suspensión de labores que se había ordenado inicialmente, autorizando a Productos Pedregal S.A. para la utilización del sistema de quebrado (beneficiado) localizado al oeste del área concesionada, hasta el día 1 de junio del 2002. Es decir, a pesar de que la Administración en un primer momento había rechazado la solicitud de suspensión de los efectos del acto (por resolución N° 703), posteriormente, toma en consideración el contenido de informes naturaleza técnica emanados de SETENA y la propia Dirección de Geología y Minas, incorporados al expediente administrativo, y con base en esa información técnica, que valga aclarar no era definitiva ni concluyente, decidió levantar la suspensión de las labores de

beneficiado en el sector oeste de la cantera, tal y como lo solicitara la propia concesionaria en el recurso de revocatoria con apelación y suspensión de los efectos del acto presentado el 6 de agosto del 2001. De cualquier forma, aún y cuando la actora cuestiona la resolución N°784, de la demanda no desprende argumento alguno que sustente su impugnación, tornando imposible la revisión de legalidad de ese acto en particular. Por otra parte, tal y como se verá más adelante, si bien la actora presentó en octubre del 2001 los informes que le fueron requeridos (folio 893 del tomo IV del expediente administrativo y estudios empastados), los mismos resultaron incompletos en lo referente a la adecuada caracterización del acuífero, con lo cual sus reproches no son de recibo. Consecuentemente, no se encuentran los vicios apuntados por la accionante en relación con este tema, por lo que procede rechazar los alegatos formulados.-

IX.- SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD. Alega la actora que la medida cautelar adoptada mediante la resolución N°590, resultó ser violatoria del principio constitucional de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto ésta constituía un acto limitativo de derechos, y como todo acto de esa naturaleza, debe contar con una triple condición: ser necesario, idóneo y proporcional. Argumenta que la resolución mencionada no cumplió con ninguna de esas tres condiciones, terminando por generar una restricción absoluta del ejercicio de un derecho real administrativo, alrededor del cual se desarrollaba una serie importante de actividades productivas. Aduce, igualmente, que la Dirección de Geología y Minas dejó de lado la recomendación contenida en el punto 4 del aparte de recomendaciones del oficio DGM-DC-803-2001, en el sentido de mantener la suspensión, hasta que se realizaran los estudios hidrogeológicos solicitados y que oportunamente se aportaron. Los argumentos no son de recibo. El acto que se impugna participa de las características apuntadas en considerandos anteriores, es decir, se trata de una medida cautelar orientada a proteger un bien jurídico de rango constitucional e internacional, cuál es el medio ambiente, debiendo tenerse claro que los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico para la toma de estas medidas son especiales, rescatándose lo dicho antes, en el sentido de que, la toma de acciones por parte del Estado deben estar dirigidas siempre en favor del ambiente, aún y cuando existiere duda de si el disfrute del derecho del particular, que resultaría limitado con la medida, fuere la causa directa de la posible afectación del elemento que se ve comprometido. Ahora bien, en los términos planteados por la propia actora, a partir de lo establecido por la Sala Constitucional en la resolución 8858-98, disiente este cuerpo colegiado de jueces en cuanto a que la medida cautelar no resultó necesaria, idónea y proporcional. Es claro que la medida debía ser adoptada en la forma en que lo hizo la Dirección de Geología y Minas, pues lo que estaba en juego era la eventual contaminación de un recurso hídrico de suma trascendencia, como lo era el acuífero Colima Superior, toda vez



que constituye una importante fuente subterránea de abastecimiento de agua potable, debiendo recordarse que el acceso al agua potable es un derecho fundamental en tanto materializa el derecho a la vida. Reitérase que no existían en aquel momento (inspección del 3 de agosto del 2001), elementos científicos certeros que evidenciaran que la actividad de explotación llevada a cabo por la concesionaria no tenía posibilidad alguna de afectar el acuífero, y más bien, el hecho de que se hallara un nuevo afloramiento de ese acuífero en la zona en concesión, reflejaba la vulnerabilidad del mismo a la contaminación por los procesos de extracción y procesamiento. Precisamente por esa falta de información técnica y científica es que se dispuso la suspensión de las labores en todos los frentes de explotación, no siendo exigible la ponderación que echa de menos la accionante, en punto a definir como alternativa la suspensión de la explotación sólo en las zonas donde existía riesgo, dado que se desconocía el nivel de vulnerabilidad que presentaba el recurso hídrico mencionado, en relación con el estado y avance de la superficie que era objeto del proceso de extracción. Por lo anterior se estima que la medida sí resultaba necesaria. Por las mismas razones, entiende el Tribunal que la medida adoptada resultó idónea, de toda suerte que era la única que podía tomarse luego de la inspección ya señalada, al amparo del principio precautorio contenido en el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad y desarrollado por la Sala Constitucional, habida cuenta que la Administración carecía de la efectiva evidencia científica que permitiera hacer una valoración para no afectar, o al menos en forma leve, los intereses particulares de la concesionaria. La actora cita insistentemente el informe extrajudicial vertido por el Dr. Allan Astorga Gätgens, según el cual la resolución N°590 resultó excesivamente lesiva a los intereses de la demandante y de las familias que obtenían trabajo a partir de su actividad minera, sin embargo, el dicho del citado profesional no hace más que confirmar lo que se ha señalado en líneas precedentes, por cuanto esgrime meras opiniones y no afirmaciones contundentes, es decir, su posición no refleja con contundencia científica que las labores de extracción y procesamiento, aún y cuando se tratara del sector oeste de la zona, no afectaban o afectarían el acuífero. Véase que la actora transcribe un extracto del mencionado informe que dice así: "Esta condición de desproporcionada se reafirma aún más, cuando se considera el hecho indicado en el informe de campo, de que el proyecto estaba llevando a cabo las labores de extracción en el frente Oeste de la concesión, localizado, como ya se indicó, en un área donde no estaba afectando el acuífero, ni tampoco generaba un riesgo de contaminación a la captación de la fuente Zamora. Parece más lógico, que la recomendación del informe de la DGM, tomando en cuenta la ausencia de una conexión clara entre el Tajo y la contaminación de Puente de Mulas y las consecuencias sociales de una suspensión total de las actividades productivas de la concesión, estuviera encaminado a limitar las labores de extracción y



procesamiento del material mineral en un espacio geográfico, dentro del área del proyecto, donde se minimizaran los posibles riesgos." (folio 329, la negrita no es del original).- De ser tan sencillo como estimar a priori y sin suficientes estudios hidrogeológicos, -tal y como se plantea en el informe que aporta la actora-, que por el hecho de que el afloramiento se hallaba en el sector este de la zona explotada, entonces podían continuar las labores en el otro frente de explotación, la discusión habría acabado de inmediato, y el principio precautorio se habría dejado sin contenido para este caso particular, lo cual no ocurrió. Nótese que el mismo profesional reconoce que existe una ausencia de una conexión clara entre el Tajo y la contaminación de Puente de Mulas, es decir, aún y cuando lo relevante de la discusión en este proceso fuera el tema de la contaminación que sufrió el agua de Puente de Mulas, que no es así, sino la protección del acuífero Colima Superior, ni siquiera allí tenía total certeza el informe del experto ofrecido por la accionante, a efecto de desvincular de toda causalidad la actividad de explotación y procesamiento de materiales con la contaminación señalada. En el mismo sentido, el informe pericial rendido en autos (folios 1738 a 1749), cuyo objeto consistía en analizar el texto que elaboró el Dr. Allan Astorga Gätgens denominado "Análisis técnico de la resolución 590-2001 de la Dirección de Geología y Minas del Ministerio de Ambiente y Energía", no es claro ni contundente en punto a establecer que la DGM, al momento del dictado de la resolución N°590, contaba con suficientes elementos de orden científico que brindaran absoluta certeza, a efecto de descartar la existencia de un peligro de contaminación del acuífero Colima Superior, por las labores de explotación minera desplegada por la actora. En efecto, dicho informe en sus conclusiones finales dice en lo que interesa: "... 5.4.- A solicitud del Director Ejecutivo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA), la Dirección de Geología y Minas realizó una inspección a la propiedad del Tajo de El Pedregal, en compañía de funcionarios de otras instituciones. El objetivo de la inspección era el de establecer si la contaminación del agua que afectó la Estación de Puente de Mulas se había originado en los terrenos del Tajo El Pedregal. Como resultado de la inspección, no se logra establecer que realmente la contaminación se hubiese originado en la propiedad de El Pedregal. Lo que la DGM reporta es la vulnerabilidad sobre el acuífero superior que existe en el sitio debido a los trabajos de extracción de material que allí se realiza. De esta inspección surgió la Resolución 590-2001 de la Dirección de Geología y Minas del Ministerio de Ambiente y Energía. En dicha resolución se ordenó "LA INMEDIATA SUSPENSIÓN DE LABORES DE EXPLOTACIÓN Y PROCESAMIENTO DE MATERIAL DE LA CANTERA que desarrolla la sociedad Productos Pedregal S.A. en el área de concesión del expediente administrativo N°1547". 5.5.- El perito considera válido la declaración del Dr. Allan Astorga de que la resolución 590-2001 se basó en las condiciones de vulnerabilidad observadas en el tajo, tal como lo reportan los inspectores, y que esa situación



estaba plenamente reconocida por las instituciones vinculadas con los controles de operación del tajo desde hacía muchos años. Además no se señala en la resolución la definitiva de que en el Tajo El Pedregal hubiese ocurrido la contaminación del agua. 5.6.- Es opinión de este perito, que la Dirección de Geología y Minas pudo haber analizado los dictámenes del Dr. González del Ministerio de Salud, así como otras opiniones de profesionales especialistas en Hidrogeología, con suficiente experiencia del área donde se generó el problema, antes de emitir una resolución final. 5.7.- Es opinión de este perito que, con base en los dictámenes del Ministerio de Salud, y mediante la ejecución de estudios hidrogeológicos inmediatos, era posible que la planta extractora del material rocoso El Pedregal se mantuviera en operación, al mismo tiempo que se aplicaban las recomendaciones y medidas de protección que se daban en la Resolución 590-200 (sic), y mientras se realizaban los nuevos estudios propuestos, y que fueron realizados por los hidrogeólogos Marcelino Losilla, Clara Agudelo, Hugo Rodríguez y Alicia Gómez. 5.8.- La aplicación de normativas como la que señala el Considerando No.

5 de la Resolución 590-2001, dependerá finalmente de la decisión que tomen los profesionales responsables de las distintas instituciones públicas involucradas con una problemática específica. Se copia textualmente ese considerando: (...) En este caso concreto, los profesionales con mayor experiencia y conocimiento de las condiciones hidrogeológicas del área de Puente Mulas, no laboraban para ninguna de las instituciones públicas involucradas en el momento en que se presentó el problema. Precisamente es a algunos de esos profesionales, los que se mencionan en el punto 5.7 de estas conclusiones, a los que se les asignó posteriormente efectuar los trabajos de las nuevas investigaciones hidrogeológicas del área de Puente Mulas. Por esta situación, y posiblemente ante el desconocimiento o la duda que existía en las instituciones responsables, para tomar las decisiones con relación a la problemática de la contaminación el agua en Puente Mulas, es que se decidió aplicar las normativas ambientales que permitían ante cualquier duda, tomar una decisión como la que se incorporó en la Resolución 590-2001." (la negrita no es del original). Como puede observarse, a lo largo de sus conclusiones, el perito plantea meras hipótesis, al igual que lo hace el estudio del Dr. Astorga, limitándose a hacer comentarios de lo que en su criterio pudo haber hecho la DGM, sin embargo, no es claro en indicar lo más relevante del caso, esto es, sí para el momento de adoptar la medida cautelar, existía absoluta seguridad de que el recurso hídrico del acuífero Colima Superior no se encontraba bajo ningún riesgo, producto de la actividad minera de la actora. Por el contrario, el perito reconoce que los funcionarios de Geología y Minas basaron su actuación en las condiciones de vulnerabilidad encontradas en el Tajo, y concretamente, de la vulnerabilidad del acuífero superior que discurre por la zona concesionada, hecho que no ha sido desvirtuado por las partes. Súmese a lo



anterior, que el informe, fundamentalmente, concentra su análisis en si se logró o no acreditar la posible contaminación de Puente de Mulas, sin embargo, como ya se explicó antes, ese no es el tema central de la discusión, siendo que el motivo del acto impugnado tiene su asidero en la constatación de un segundo afloramiento del Acuífero Colima Superior en la zona en explotación, y ante el riesgo de resultar afectado el mismo por la actividad de explotación en la cantera, tuvo como objeto su protección y conservación. Finalmente, es destacable que el informe pericial incurre en una serie de comentarios que exceden el objeto del análisis que le fue solicitado, por cuanto hace calificaciones sobre la experiencia y conocimiento de los funcionarios que laboraban en aquel momento para las instituciones competentes en la materia de fondo, sin embargo, no está en posición de hacer tales afirmaciones, ni mucho menos son relevantes a efecto lograr una aproximación a la verdad real en este debate. Con todo, lo que sí queda evidenciado del propio dicho del perito, es que la Administración optó por aplicar la normativa ambiental que permite tomar las medidas como la adoptada en este caso (principio precautorio), ante la duda sobre la posible afectación del recurso hídrico. En consecuencia, a juicio del Tribunal y por las particularidades del asunto de fondo, la medida no resultó inidónea, en el tanto para el momento en que se adoptó, no existían otros mecanismos que en mejor forma solucionaran la necesidad existente (protección del acuífero). Por último, esta Cámara considera que la medida sí resultó proporcionada, en atención a que, como se ha venido insistiendo en el desarrollo de esta sentencia, el día de la inspección se pudo constatar la existencia de un nuevo afloramiento del acuífero Colima, reflejando tal situación la vulnerabilidad de ese recurso hídrico en función de las labores mineras que se desplegaban en la zona, con lo cual se evidenció el peligro de que dicho acuífero resultara contaminado con las sustancias que se producían a consecuencia de la extracción y procesamiento de materiales. Para el Tribunal, tratándose de un recurso de tanta importancia para la salud humana y por su gran potencial para el eventual abastecimiento de agua potable, la mera constatación, como lo hace ver la actora, no era razón suficiente para autorizar el proceso de extracción y procesamiento en el sector oeste de la concesión, toda vez que el segundo afloramiento encontrado, aún cuando se hallara en el sector este, constituía un signo externo de la vulnerabilidad del acuífero referido, producto del avance de la actividad que se llevaba a cabo en esa zona de nuestro país. Ahora, lejos de considerarse intempestiva y arbitraria la medida por haber sido tomada el mismo día de la inspección, se encuentra que la misma era una respuesta acorde con la magnitud de las consecuencias que podrían resultar de la contaminación del acuífero, consecuencias que significarían ni más ni menos que la posibilidad de dejar sin utilidad una fuente de abastecimiento de agua de gran potencial para todos los habitantes, ya que, en última instancia, es la colectividad la que resulta beneficiaria, todos los días, de tan importante recurso para todas las actividades



de la vida humana. Las aseveraciones del informe del Dr. Astorga, citadas por la propia actora, resultan contrarias al parámetro constitucional erigido a partir del principio precautorio, cuando dice así: "La lógica, en este sentido, indica que lo más equilibrado hubiese sido una suspensión parcial, que limitara el área de extracción a sitios donde el riesgo ambiental fuese muy bajo, mientras se desarrollaban las investigaciones detalladas y la implementación de medidas más concretas para las operaciones del proyecto." (folio 330, la negrita y el subrayado no es del original). La lógica no es el único factor que impera, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, para la toma de decisiones en relación con medidas cautelares cuyo fin sea la protección del ambiente, pues juegan un papel más preponderante en esta materia la ciencia y la técnica. Y se ha reiterado ya, que el conocimiento científico en esta materia debe ser absolutamente certero, a efecto de descartar toda conexión entre el derecho cuyo disfrute se vería restringido con la medida y la afectación al ambiente en cualquiera de sus componentes. Obsérvese que el mismo profesional reconoce que sí existía un riesgo ambiental (aunque lo califique como bajo), y reconoce igualmente que no se contaba para ese momento con investigaciones detalladas, lo cual va en perfecta armonía con lo expuesto hasta ahora, puesto que de haber sido así, se habría tenido un panorama claro y cierto, en punto a determinar si había o no una relación de causalidad entre la actividad de la actora en el Tajo y la contaminación del acuífero. Ante tales circunstancias, es notable que lo procedente, conforme al principio precautorio y la jurisprudencia de la Sala Constitucional, era suspender las labores en su totalidad, hasta tanto se contara con los estudios hidrogeológicos solicitados a la empresa y los que debía presentar SETENA y el ICAA, cada uno en su respectiva competencia. A la accionante le fue requerido la caracterización del acuífero, estudios hidrogeológicos, y la determinación de los niveles freáticos. Valga indicar que a pesar de haber presentado esos estudios, los mismos resultaron insuficientes en relación con las características del acuífero (informe del Consejo Técnico Asesor en Minería citado en la resolución N°77, a folios 1104 a 1107 del tomo V del expediente administrativo), y en todo caso de acuerdo con el informe vertido por las geólogas Marlene Salazar y Sofía Huapaya (funcionarias de DGM), en el cual hicieron una revisión de los estudios de la empresa y de las instituciones antes citadas, se concluyó que en el frente oeste del Tajo no se descartaba el peligro de afectación al acuífero (oficio DGM-SD 20-2002, del 15 de enero del 2002 a folio 1070 del tomo V del expediente administrativo). Ello se hizo ver en la motivación de la resolución N°77 de las nueve horas del veintiocho de enero del 2002, mediante la cual la Dirección de Geología y Minas rechazó el recurso de revocatoria que presentó la demandante contra la resolución N°590. Así, en esa oportunidad se dijo: "En el frente oeste, si bien es cierto que no se detectaron afloramientos del manto acuífero, no se debe omitir la irregularidad del flujo hídrico en el área y la carencia de información de esta. Por lo tanto se

recomienda que la extracción en este sector, si se diera, sea mediante bloques de explotación previamente estudiado y con la caracterización del flujo hídrico subterráneo para determinar la cota máxima de explotación. Para esto el concesionario deberá de presentar la evaluación de reservas diferenciada por tipo de material y posibilidad de extracción, así como un plan y programa minero, con su respectivo cronograma, de la explotación por áreas y niveles, esto incluye la secuencia lógica y técnica del desarrollo, así como la presentación de los estudios de estabilidad de taludes correspondientes para los cortes a realizarse." (folio 1076 del tomo V del expediente administrativo). Es decir, en virtud de que los estudios hidrogeológicos de la actora eran incompletos en cuanto a caracterizar la profundidad del acuífero en las zonas que se pretendían explotar, no se descartaba que surgieran nuevos afloramientos incluso en el sector oeste, y que para permitirse la explotación en ese sector, se hacía necesaria información hidrogeológica más detallada y un plan de explotación minucioso y riguroso. En pocas palabras, aún y cuando la accionante no emitió argumento alguno para impugnar la resolución N°77, es claro que aún después de la medida cautelar, la información científica presentada por la concesionaria no permitía suprimir una posible conexión

entre la actividad minera y la afectación al acuífero Colima, y en todo caso, la voluntad de la Administración no fue de la vedar toda posibilidad de realización de labores de extracción por parte de la empresa accionante, sino que tal situación estaba supeditada a que la propia interesada presentara información necesaria para garantizar la protección del tantas veces mencionado recurso subterráneo. Consecuentemente, estima el Tribunal, con base en todo lo expuesto, que la medida resultó proporcionada, en el tanto el beneficio que se pretendía alcanzar con la misma en favor de la colectividad, no era marcadamente superior a la restricción que se impuso a la accionante en el disfrute de su derecho real limitado. Por consiguiente, se rechazan las argumentaciones vertidas en ese sentido.-

X.- SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO. La actora basa este reproche en el hecho de que, si bien para dictar una medida cautelar no se requiere de un procedimiento previo, en el momento en que se tuvo por probado que se había ocasionado un daño ambiental como consecuencia de conductas de la accionante, debió haberse seguido un procedimiento ordinario administrativo con oportunidad de defensa. Los alegatos no son de recibo. Entre la empresa actora y el Estado existía una relación jurídico administrativa, nacida con ocasión del derecho de concesión que el último le otorgó a la primera, permitiéndole desarrollar la actividad de explotación minera en la zona de Belén. Es precisamente dentro del ejercicio de esa concesión que surgió el hecho natural que motivó la adopción de la medida cautelar impugnada, misma que fue dictada



por la Administración dentro del procedimiento correspondiente a la concesión (expediente 1547), al ser éste el marco legal preexistente. Lo anterior se trae a colación, por cuanto es claro que independientemente de la naturaleza de la relación aludida, el objeto de la medida precautoria consistía única y exclusivamente en la protección del acuífero Colima Superior, en tanto era un recurso hídrico susceptible de contaminarse a causa de las labores que realizaba la concesionaria en la zona por donde aquél discurría. De esta forma, tenemos que el contenido de la medida cautelar impugnada consistió en paralizar las labores de extracción y procesamiento de materiales, y solicitar estudios hidrogeológicos para determinar si era viable que la empresa demandante continuara con las obras en el área de concesión, todo de conformidad con el principio precautorio antes analizado. Nótese que la Administración invocó en respaldo de su actuar los artículos 219 y 226 de la Ley General de la Administración Pública, que permite que en casos como éste, donde existe un peligro grave e inminente para las cosas y las personas (el medio ambiente y la salud humana), en tanto se podía ocasionar daños de imposible reparación, se prescindiera de la constitución de un procedimiento ordinario administrativo para poder emitir el acto administrativo tendiente a su protección. Consecuentemente, entiende esta Cámara que las acciones dispuestas para la determinación del posible daño ambiental que se hubiere podido generar en la zona concesionada, no surgió como consecuencia de un acto sancionatorio, en el tanto no tenía por objeto la aplicación de un castigo a la demandante con ocasión de la comisión de alguna infracción administrativa previamente tipificada, sino que nace como consecuencia de un acto cautelar, que obliga al Estado a coordinar con las diferentes órganos y entes competentes en la materia ambiental, la implementación de todas las acciones establecidas en el ordenamiento que tiendan a proteger el recurso hídrico, y en tal condición, no participa de los supuestos establecidos en el numeral 308 de la Ley General de la Administración Pública, tal y como lo pretende hacer ver la accionante. Ante ese panorama, el Tribunal estima que no era preciso que se levantara un procedimiento administrativo ordinario para esos efectos. De cualquier forma, es claro que por regla de principio la ley especial prevalece sobre la general, y en este caso específico, por razón de la materia, el Código de Minería (Ley N° 6797) es ley especial, prevaleciendo por encima de la Ley General de la Administración Pública. Dicha norma contiene un título específico (XIII), en el cual se encuentran descritos y regulados los procedimientos atinentes a la materia de exploración o explotación de los recursos minerales, y es a través de dichos procedimientos que la Administración expresaría su voluntad en relación con las distintas solicitudes de concesión de aquellas actividades, así también como cuando éstas ya se encuentren en plena ejecución. El mencionado código no es omiso en regular el procedimiento recursivo que procede en contra de las resoluciones que dicte la



Dirección de Geología y Minas, órgano competente en la materia, siendo que el actual artículo 94 (anteriormente artículo 90), dispone así: "Contra las resoluciones que se dicten procederán los recursos de revocatoria y de revisión, ante la Dirección, y de apelación ante el Ministerio de Economía, Industria y Comercio. Contra la resolución que dé por agotada la vía administrativa, podrá interponerse acción contencioso administrativa ante el Tribunal Contencioso Administrativo, dentro del plazo de dos meses, salvo otras disposiciones de esta ley." Respecto de este numeral debe aclararse que en virtud de varias transformaciones que sufrió la estructura del Poder Ejecutivo entre los años 1980 y 1988, específicamente en lo relativo a las competencias ministeriales en materia de industria, energía, minas y ambiente, hoy día la Dirección de Geología y Minas pertenece al MINAET, anteriormente MINAE. Pues bien, conforme se desprende del expediente administrativo, la actora presentó recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución N°590 aquí impugnada, en fecha 6 de agosto del 2001, recurso que fue adicionado por escrito del 8 de agosto del mismo año, solicitando en esa oportunidad lo siguiente: "Por ello solicitamos se proceda a levantar la suspensión del procesamiento beneficiado y se permita a mi representada continuar procesando los materiales que tenga en sus patios así como material que pueda adquirir en otras canteras." (folios 617 y 630 del expediente administrativo). La Dirección de Geología y Minas mediante resolución N° 703 de las nueve horas treinta minutos del cinco de setiembre del 2001, denegó la solicitud de levantamiento de la suspensión de labores de extracción y procesamiento en el área de la concesión. De dicho pronunciamiento apeló la concesionaria (aquí actora), siendo que por resolución N°R-1726-2001-MINAE, de las nueve horas del nueve de octubre del 2001, la Ministra de Ambiente y Energía dispuso rechazar el recurso de apelación con nulidad concomitante interpuesto por la accionante en contra la referida resolución N°703, y ordenando a la Dirección de Geología y Minas pronunciarse sobre el recurso de revocatoria presentado contra la resolución N°590. Cabe agregar que, pocos días después, mediante resolución N°784 de las nueve horas cuarenta minutos del dieciséis de octubre del 2001 -aludida en considerandos anteriores- el citado órgano dispuso variar la medida cautelar y autorizó a la empresa accionante para utilizar el sistema de quebrado localizado al oeste del área concesionada hasta el 1 de junio del 2002. Mas tarde, por resolución N°077 de las nueve horas del veintiocho de enero del 2002, la Dirección de Geología y Minas resolvió el recurso de revocatoria incoado contra la resolución N°590, y tomando en cuenta el contenido de los estudios aportados por la empresa (Uno realizado por los hidrogeólogos Hugo Rodríguez y Alicia Gómez, y otro por los hidrogeólogos Marcellino Losilla y Clara Agudelo), así como los realizados por SETENA: "Valoración del daño ambiental ocasionado por el proyecto de extracción minera de la empresa Productos Pedregal S.A.", el ICAA: "Análisis del daño ambiental y otros, producto de la afectación del acuífero y la



violación de las zonas de protección en el tajo Pedregal-Sistema de Puente de Mulas", e inclusive los informes aportados por el Consejo Técnico Asesor en Minería; dispuso mantener vigente la orden de suspensión de las labores de explotación y las de procesamiento de material en el sector este de la concesión (folio 1144 del tomo V del expediente administrativo). Por resolución de las diez horas del veintinueve de abril del 2002, la Ministra de Ambiente y Energía conoció la apelación contra la resolución N°590, rechazando la misma y dando por agotada la vía administrativa (folio 1176). Como puede observarse, la empresa demandante tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa conforme las regulaciones procedimentales establecidas en el Código de Minería, y en tal sentido ejerció las posibilidades que le brindaba el ordenamiento para exponer sus argumentaciones técnicas a efecto de combatir la medida cautelar dispuesta, todas las cuales le fueron resueltas. Puede afirmarse que se han cumplido en este caso las garantías fundamentales del debido proceso exigidas por la jurisprudencia constitucional, esto es, derecho a ser oído, oportunidad para presentar argumentos y pruebas, acceso a la información y los antecedentes, derecho a obtener asesoría, notificación de las decisiones tomadas y derecho de recurrir la decisión tomada. Siendo así, se rechazan los argumentos de la actora en relación con la aparente la violación al debido proceso, no advirtiéndose ninguna nulidad absoluta por este motivo.-

XI.- EN CUANTO A LA FALTA DE MOTIVO DE LA RESOLUCIÓN N°451. Afirma la actora que el motivo de la resolución N°451, mediante la cual se extinguió la concesión de la cual gozaba, lo fue el incumplimiento de la resolución N°590 y de la resolución N°784. Que en virtud de que de las mencionadas resoluciones adolecen de vicios de nulidad absoluta, las mismas eran ineficaces de acuerdo con nuestro ordenamiento. En ese tanto, argumenta que la resolución N°451 carece de motivo legítimo, por cuanto está imputando a la demandante el incumplimiento de una medida que era ineficaz. Los alegatos no son de recibo. Evidentemente todo acto administrativo absolutamente nulo no puede ejecutarse por disposición legal, y ordenar su ejecución daría lugar a responsabilidad de la Administración y del funcionario que así lo hiciera (artículos 146.3, 169 y 170 LGAP). En el caso concreto, el Tribunal no ha encontrado que los motivos alegados por la demandante para sustentar la invalidez de la resolución N°590 fueren procedentes, y en esa medida se debe presumir que el acto cuestionado era legalmente válido así como ejecutable, esta última condición en virtud de la ejecutoriedad de los actos administrativos (artículos 146 y siguientes de LGAP). Siendo así, se estima que la resolución N°451 gozaba de motivo legítimo, en el tanto tuvo por tal el incumplimiento incurrido por la actora respecto de las disposiciones que fueron establecidas por la Dirección de Geología y Minas, en la medida cautelar expresada en la resolución N°590, que como se dijo, se presume válida y eficaz para todos los efectos. En consecuencia, se desestiman los

reproches formulados en este sentido.-

XII.- SOBRE LA INVOCADA ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA EN LA RESOLUCIÓN N°451. Argumenta la actora que la resolución N°451 corresponde a una sanción administrativa rescisoria. Que para ello debe existir una norma de rango legal, que de previo a la conducta que se sanciona, la tipifique y la haga posible. Por lo anterior, señala que en el caso concreto hay una falta de fundamentación jurídica, pues no existe base legal para declarar la caducidad de una concesión, por la conducta de desobedecer una orden cautelar de suspensión de la actividad extractiva. No lleva razón en sus alegatos. No participa este Tribunal de la tesis que plantea la accionante, por cuanto no se considera que el acto expresado mediante la resolución N°451 corresponda a uno de naturaleza sancionatoria. En primer lugar, de haber querido el legislador que la cancelación fuese una sanción, la hubiere previsto expresamente en el capítulo II, del Título XVII, correspondiente a las infracciones y sanciones administrativas, donde están descritas las hipótesis legales que dan lugar a distintas consecuencias jurídicas a título de sanción (por ejemplo la imposición de multas) . Por otra parte, una sanción constituye un mal inflingido por la Administración a una persona física o jurídica, como consecuencia de haber cometido una conducta ilegal, y previamente tipificada como tal (infracción). La Administración la impone en el ejercicio de su potestad punitiva inherente, y con ello se procura el bienestar de la colectividad, mediante la protección de determinados bienes jurídicos que se estiman necesarios para el mantenimiento del orden, la seguridad y la paz sociales. En el caso concreto, el actuar de la Administración no se enmarca en el ejercicio de esa potestad sancionadora, en el tanto no estamos ante un hecho tipificado como infracción, sino que se trata de un derecho a título precario (derecho real limitado sobre dominio público), por cuanto el Estado es el titular del dominio absoluto de todos los recursos minerales del territorio nacional (artículo 1 Código de Minería), y por medio de la concesión de explotación, autoriza a personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, a realizar actividades de explotación de los yacimientos o depósitos minerales, bajo las condiciones y requisitos que establece el Código de Minería, su reglamento y las leyes especiales (artículo 12 Código de Minería). En el marco de esa relación jurídico administrativa, le asisten al concesionario una serie de obligaciones que está compelido a cumplir, y cuya desatención genera, de pleno derecho, la cancelación de aquél derecho limitado. Dentro de ellas destacan las relativas a la protección del ambiente, y en tal sentido se transcriben en lo que interesan las siguientes normas del Código de Minería:

Artículo 34. "El titular de una concesión de explotación estará obligado a:

...

ch) Elaborar un estudio completo sobre el impacto ambiental del proceso de explotación, que cumpla con los requisitos contemplados en el artículo 97; y cumplir con las normas que regulan la contaminación ambiental y la recuperación de los recursos naturales renovables.

...

f) Cumplir con las obligaciones establecidas en la presente ley y su reglamento, y en la resolución de otorgamiento de la concesión."

"Artículo 67 (anteriormente 63). La concesión de explotación podrá ser cancelada, si el titular no cumple con las condiciones estipuladas en la resolución de otorgamiento, de acuerdo con esta ley y su reglamento, en especial en los siguientes casos:...

ch) Si no se hubieren cumplido las normas legales y reglamentarias que regulan la contaminación ambiental y la recuperación de los recursos naturales renovables."

"Artículo 101 (anteriormente 97). Los titulares de un permiso de exploración o de una concesión de explotación, están obligados a cumplir con todas las normas y requisitos legales y reglamentarios, sobre la contaminación ambiental y la recuperación de los recursos naturales renovables y sobre las especificaciones y obligaciones relacionadas con la protección del ambiente, que se señalen en la resolución de otorgamiento y en esta ley. "

"Artículo 102 (anteriormente 98). Prohíbese toda acción, práctica u operación que deteriore el ambiente natural, de manera que haga inservibles sus elementos básicos, especialmente el aire, el agua y el suelo, para los usos a que están destinados."

(la negrita no es del original).

Una interpretación armónica de estas normas en relación con el artículo 50 constitucional, confirma, sin lugar a dudas, que con mucha mayor razón, dentro de una relación de concesión, el medio ambiente se erige como un interés superior que está por encima de cualquier interés privado, su protección es de obligada observancia y están prohibidas todas las acciones que puedan implicar un daño a ese bien jurídico. Cualquiera conducta de un concesionario que resulte contraria a ese interés superior y que no se ajuste a las medidas que en su oportunidad se dicten para protegerlo, generará en cabeza del Estado la potestad de cancelar la concesión, en el tanto el Estado es el titular del dominio de todos los recursos minerales del territorio nacional, y además le asiste un deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, por así mandarlo la Constitución Política en su artículo 50 en relación con el 21 (derecho a la salud). Por supuesto, en resguardo del debido proceso, para lo anterior se debe cumplir con el procedimiento especial previsto en el párrafo final



del actual artículo 67 del Código de Minería (anteriormente artículo 63), según el cual, la Dirección de Geología y Minas realiza un estudio, le otorga plazo a la concesionaria para que se emita sus justificaciones o cumpla con sus obligaciones. Posteriormente, se analiza lo actuado por la concesionaria y de considerarse procedente, el asunto se lleva a conocimiento del Ministro. Éste estudia el mismo y decide si otorga o no un nuevo plazo no mayor de tres meses, de lo contrario la Dirección dicta la resolución de cancelación. En el caso bajo examen, ello fue lo que ocurrió, la concesionaria incumplió las medidas precautorias de suspensión de obras que le había impuesto la Dirección de Geología y Minas cuyo objeto era proteger el acuífero Colima (ver informe en memorandum DGM-DC-399-2002 a folio 1372 del tomo VI del expediente administrativo y criterio en memorandum DGM-OD-644-2002 a folio 1404 del mismo tomo). Tal incumplimiento se verificó en el tanto la actora realizó posteriores extracciones de material y lo procesó, lo cual no ha sido negado en este proceso, y más bien, lo reconoce abiertamente, cuando argumenta que para ese momento no existía norma que tipificara el incumplimiento de una medida cautelar con la "sanción" de cancelación. En la especie, se siguió el procedimiento antes aludido, y se decidió cancelar la concesión que se le había otorgado a la empresa accionante. Desde el punto de vista jurídico material, se estima que el incumplimiento en el que incurrió la actora respecto de las medidas cautelares en favor del ambiente, constituía motivo suficiente y amparado en la normativa legal y constitucional para cancelar el derecho de concesión de explotación. Las razones que hubiere podido tener la demandante para violentar esas medidas no son acciones sustentadas en el ordenamiento jurídico, y por lo tanto, habrán de rechazarse sus argumentos, como en efecto se hace.-

XIII.- SOBRE LA ADUCIDA VIOLACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ADECUACIÓN Y PROPORCIONALIDAD EN LA RESOLUCIÓN N°451. En consideración de la actora, de acuerdo con los principios de adecuación y proporcionalidad, para el cumplimiento forzoso de un acto la Administración debe adoptar aquella medida que esté acorde con su contenido y en grado suficiente para asegurar el fin perseguido. Señala que en el caso concreto, ante el incumplimiento de la medida cautelar, la Administración debió valorar la naturaleza del incumplimiento considerando que: el aprovechamiento del material no implicó voladuras en el frente de explotación, que se trató de actividades de procesamiento de material que había sido extraído del sector oeste antes de la suspensión de sus actividades, que dicho sector no se observa intervención en el manto acuífero, que el concesionario había hecho ver en repetidas ocasiones la necesidad de procesar material para cumplir con las obras públicas en curso al momento de la adopción de la medida cautelar, y la inexistencia de daño ambiental alguno producto de la desobediencia de la suspensión. Y por otro lado, aduce que la Administración debió evaluar, conforme la medida cautelar cuyo cumplimiento forzoso se



buscaba, la opción que asegurara la menor lesión posible sin dejar de proteger el recurso hídrico. Concluye que de haber sido así, ello hubiera dado lugar a otras medidas de cumplimiento como el decomiso de bienes, la clausura de establecimientos, etc., pero no una sanción rescisoria capaz de afectar familias y daños y perjuicios. Los alegatos no son de recibo. La actora pretende calificar la cancelación de la concesión (resolución N°451) como si fuere un medio de ejecución de la resolución N°590, es decir, como si tratara de la actuación por medio de la cual la Administración logró ejecutar coactivamente aquel acto de naturaleza cautelar (artículos 146 y siguientes LGAP). No obstante, atendiendo a sus características, la resolución N°451 no es una mera actuación de naturaleza ejecutiva, es un acto administrativo independiente de la medida cautelar, que cuenta con un motivo, un contenido y un fin, y se encuentra debidamente fundamentado. Es un acto final que da por terminada la relación jurídico administrativa surgida con ocasión del derecho de concesión (derecho real limitado), que se produce por el incumplimiento de la concesionaria de las disposiciones que regulan la contaminación ambiental y la recuperación de los recursos renovables (sea, la protección del ambiente que es un interés superior de rango constitucional e internacional), y para lo cual se requiere el previo cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 67 del Código de Minería. En tal sentido, tenemos que si bien el motivo de la resolución N°451 lo es el incumplimiento aceptado por la actora de las medidas establecidas en la resolución N°590 (ver oficio N°DC-399-2002 del 21 de junio del 2002), no por ello se constituye en un medio de ejecución de ésta última, y en tal caso no son aplicables las normas relativas a la ejecutoriedad de los actos. Desde ese punto de vista, se estima que la cancelación emitida por la Dirección de Geología y Minas no resultó ser una conducta arbitraria, en la medida que respondió al propio incumplimiento de la accionante respecto de las disposiciones adoptadas por la Dirección de Geología y Minas mediante las resoluciones N°590-2001 y 784-2001, para la protección y conservación del medio ambiente, amparadas en el principio precautorio y que fueron incumplidas por la actora. Consecuentemente, se rechazan los alegatos vertidos en este sentido.-“



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 JORDANO FRAGA, Jesús: *La protección del derecho a in Medio Ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pp.134140.
- 2 LOPERENA ROTA, Demetrio: *Los Principios del Derecho Ambiental*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 92-95.
- 3 MILANO SÁNCHEZ, Aldo: *El Principio Precautorio*, de. Jurídica Continental, San José, 2005, pp. 69-71.
- 4 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: *El principio precautorio en el derecho y la política internacional, Santiago de Chile, 2001, pp. 19-20.*
- 5 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 14763-2009, de las catorce horas con treinta y tres minutos del dieciocho de setiembre de dos mil nueve.
- 6 SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Resolución No. 1261-2009, de las once horas del diez de diciembre de dos mil nueve.
- 7 TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Novena, Resolución No. 53-2009, de las quince horas con veinte minutos del treinta de junio de dos mil nueve.