



Limitaciones impuestas por la ley de aguas a la propiedad

Rama del Derecho: Derecho Administrativo.	Descriptor: Bienes Públicos.
Palabras Clave: Información posesoria, Protección del recurso hídrico, Responsabilidad de la Administración, Aguas de dominio público, Principios aplicables.	
Fuentes: Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05/12/2013.

El presente documento contiene jurisprudencia sobre las limitaciones impuestas a la propiedad cuando esta se encuentra localizada en zona de sitios de captación de agua o de zona forestal protegida. Se consideran los supuestos del artículo 31 de la ley de aguas, explicando temas como la información posesoria, la responsabilidad de la Administración por conducta lícita, las limitaciones a la propiedad, la protección del recurso hídrico, entre otras.

Contenido

NORMATIVA	2
Artículo 31.-.....	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Información posesoria: Nulidad de sentencia dictada prematuramente por omisión de trámites esenciales para verificar protección al recurso hídrico	2
2. Responsabilidad de la Administración por conducta lícita: Improcedente indemnizar o adquirir bien con limitación a propiedad privada que posee manto acuífero	4
3. Aguas de dominio público: Procedente titulación por información posesoria de terreno que contiene pozo artesanal	8
4. Limitaciones a la propiedad: Análisis del régimen de protección de las nacientes.	9
5. Responsabilidad de la Administración por conducta lícita: Análisis sobre la procedencia de reclamo indemnizatorio derivado de limitación impuesta por ley a propiedad privada que posee manto acuífero.....	10
6. Aguas de dominio público: Principios aplicables, alcances y efectos de su carácter demanial	17

NORMATIVA

Artículo 31.-

[Ley de Aguas]ⁱ

Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación:

- a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio;
- b) La zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas.

JURISPRUDENCIA

1. Información posesoria: Nulidad de sentencia dictada prematuramente por omisión de trámites esenciales para verificar protección al recurso hídrico

[Tribunal de Apelación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“III).- Es un hecho incontrovertido, pues así lo acepta la parte actora y consta en el mismo plano que sirve de base a la información posesoria, que el inmueble que se pretende titular colinda, en el lindero Sur, con el acueducto rural de Paso Tempisque, administrado por la Asociación Administradora del Acueducto Rural de esa localidad (ver plano de folio 7 y hecho primero del escrito inicial de estas diligencias, a folio 18).- En virtud de esa circunstancia, desde el momento mismo de su apersonamiento, la representante estatal solicitó que se pidiera informe al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, a fin de determinar si ese pozo surte de agua a la población o conviene reservarla para tal fin, pues de ser así -se indicó-, " *deberá presentarse un nuevo plano excluyendo el manantial y los doscientos o trescientos metros contiguos a la misma, según la configuración del terreno*" (folio 128).-

La juzgadora de instancia, en atención a ese requerimiento, remitió oficio al referido Instituto (folios 130 y 131). La ASADA, indicó que en el terreno a titular existe disponibilidad de agua para consumo humano (folio 135) y el Ing. Moisés Bermúdez García, Jefe del Departamento de Cuencas Hidrográficas del Instituto, en oficio N°SUB-G-AID-UEN-AMB-2011-1736, de 22 de setiembre de 2011, manifestó lo siguiente: "*Se realizó consulta a la Dirección de Acueductos Rurales del A y A, y en nota SUB-G-GSD-UEN-AP-EBD-2011-2228, con fecha 13/07/2011, se indica que cerca de la propiedad está el pozo del acueducto de Paso Tempisque. Se sugiere*

comprobación de campo. En ese mismo sentido, le indicamos que, de forma oficiosa, se consultó al Departamento de Aguas del MINAET, y en nota DA-2036-2011, con fecha 26/05/2011, se indica que no existen concesiones registradas de aprovechamiento de aguas para uso poblacional en dicha propiedad. Adjunto. De acuerdo al análisis que hemos realizado en nuestro sistema de información, sobre los aprovechamientos de agua para abastecimiento a poblaciones, en la propiedad que se señala en el expediente N°08-0028-0163-CA no existe ningún aprovechamiento en la actualidad, ni forma parte de futuros planes para tal fin. La propiedad colinda con el pozo de la ASADA de Paso Tempisque. De acuerdo con nuestro criterio, esta propiedad presenta una baja fragilidad hídrica. No obstante lo anterior, deberá evitarse la construcción de tanques sépticos en la propiedad a fin de evitar la contaminación potencial del acuífero que abastece el pozo. Por lo tanto, recomendamos, al amparo de la legislación ambiental vigente, se hagan respetar y proteger rigurosamente las aguas y sus zonas de recarga y protección (Art. 33 Ley Forestal y Arts. 31 y 32 Ley de Aguas). En el caso de que se considere necesario profundizar en algún aspecto técnico relacionado con la protección de estos importantes territorios, y oportuno realizar una inspección a los lugares en estudio, estamos en la mayor disposición de colaborar" (folios 168 y 169, 180 y 181). La juzgadora de instancia, en auto de las once horas y cuatro minutos del seis de junio del dos mil doce, tuvo por aportada esa documentación y continuó el trámite del asunto, sin ninguna observación al respecto (folio 183); por lo que, en escrito del doce de octubre de ese mismo año, la señora Procuradora solicitó comunicar a la Asociación administradora del acueducto lo actuado, para determinar si existía algún traslape de planos, dado que se estaba ante aguas del dominio público (folios 205 y 206), posteriormente, en memorial del diecisiete de enero del dos mil trece, indicó que era necesario verificar la situación del lote, a fin de determinar el área de protección del terreno, conforme al artículo 31 de la Ley de Aguas y excluirla del área inscribible, por tratarse de dominio público (folios 214 a 216), no obstante, ninguna de esas dos peticiones fue atendida en primera instancia.-

III).- El Tribunal advierte, luego del anterior recuento, que tal y como se alega, la sentencia apelada se dictó en forma prematura, pues aún se encuentran sin diligenciar trámites esenciales, sin cuya sustanciación no es posible emitir un pronunciamiento válido en este asunto. El lote que se pretende inscribir, colinda por el lindero Sur con el pozo del acueducto rural de Paso Tempisque y a la fecha no se ha determinado, en esta sede, si esa circunstancia da o no lugar al establecimiento de un área de protección del pozo y, por ende, a la eventual exclusión de alguna parte de los terrenos que interesan a la Junta accionante.-

La representante estatal, ha insistido en forma vehemente y reiterada, en la necesidad de hacer esa comprobación, en defensa del recurso hídrico y el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, a través del Departamento de Cuencas Hidrográficas, estableció la necesidad de realizar una inspección de campo, poniendo incluso a disposición del Despacho, sus recursos técnicos y personales en aras de no afectar los intereses públicos involucrados.-

El Despacho a quo, empero, hizo caso omiso de esas peticiones y trasladó el asunto al Juez decisor, que dictó la sentencia, sin hacer ninguna referencia a este tema concreto.-

Con ello, se desconoció lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Aguas, que establece para estos casos la obligación del juzgador, de tomar las previsiones necesarias para proteger el recurso hídrico, nada de lo cual ocurrió en este caso.-

Esa omisión afecta, a no dudarlo, la validez del fallo, el que debe anularse, con la finalidad de que se readecuen los procedimientos y se determine si existe un área de protección del sitio de captación o pozo del acueducto rural de Paso Tempisque, en cuyo caso, habrán de tomarse las medidas que correspondan, como paso previo a la decisión final de estas diligencias.-

Remítase este expediente al Juzgado de primera instancia, para que sin dilación, continúe con el trámite de rigor.”

2. Responsabilidad de la Administración por conducta lícita: Improcedente indemnizar o adquirir bien con limitación a propiedad privada que posee manto acuífero

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL. En la especie, los demandantes son propietarios de un inmueble que se encuentra afecto a la Ley de Aguas, al existir un manto acuífero que se encuentra destinado al abastecimiento de agua potable para la comunidad de San Pedro de Santa Bárbara de Heredia, siendo que en razón de dicha limitación la Municipalidad del Cantón, denegó permiso de construcción solicitado por los demandantes. Consideran los actores que existe una limitación al ejercicio del pleno goce de su derecho de propiedad, ya que conforme al dictamen pericial, el radio de protección del sitio de captación corresponde al 88% del inmueble, lo que impide la posibilidad de venta, construcción, hipoteca del terreno. Señalan los accionantes que la entidad demandada debe proceder a indemnizar los daños y perjuicios causados con la afectación del inmueble, cancelando su valor según informe pericial o proceder a iniciar los trámites de expropiación, conforme a la Ley de Expropiaciones, toda vez que la limitación le impide el ejercicio de las atribuciones propias del derecho de propiedad. Lo anterior con fundamento en lo establecido en los artículos 1 incisos f) y g), 22 de su Ley Constitutiva No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas, ya que dicha institución es la competente para adoptar las acciones administrativas tendientes a la aplicación del artículo 2 de la Ley General de Agua Potable, norma que coincide con lo que dispone el artículo 31 de la Ley de Aguas, cuando declara como dominio público los terrenos que bordean las captaciones, tomas o surtidoras de agua potable. Asimismo, es el ente encargado de proteger y regular el uso de terrenos que bordean captaciones, tomas o surtidores de agua potable y ésta competencia incluye la ejecución de acciones administrativas necesarias para preservar su afectación a una

finalidad pública. En su consideración el instituto demandado es responsable de indemnizar los daños y perjuicios reclamados, conforme los términos del artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública. El Juzgador de instancia, declaró parcialmente con lugar la demanda intentada, acogiendo la petición subsidiaria formulada y ordenando al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados a iniciar los trámites expropiatorios del inmueble del Partido de Heredia, Folio Real matrícula 178172-001-002-003 y 004 y condenó en costas a la accionada. Por las razones que si dirá, la sentencia apelada debe ser revocada, declarando sin lugar la demanda intentada.

V. El artículo 45 de la Constitución Política señala que la propiedad es inviolable y que a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. Sólo por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer la propiedad limitaciones de interés social. Si bien nuestro régimen constitucional reconoce el derecho a la propiedad privada, dicho concepto ha evolucionado y no puede ser considerado como ilimitado y exclusivo, sin sujeción a restricciones. En efecto, el concepto de propiedad privada ha sufrido transformaciones cediendo ante el concepto de propiedad-función, que ha sido adoptado por el Constituyente en el párrafo segundo del artículo 45 constitucional, según el cual todo individuo tiene la obligación de cumplir ciertas obligaciones con la comunidad, siendo que el derecho de propiedad no es irrestricto y está sujeto a limitaciones de interés social establecidas por el legislador por mayoría reforzada y que no son indemnizables, por no implicar expropiación. El quebranto de las disposiciones contenidas en el artículo 45 constitucional se produce cuando la limitación de interés social no es de carácter general y cuando el grado de afectación impide al propietario el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad, vaciando su contenido, dejando de ser una limitación razonable para convirtiéndose en una verdadera expropiación, en cuyo caso surge el deber de indemnización. (Ver en este sentido los votos de la Sala Constitucional No. 5097-93, 2345-96, 9779-2002). En cuanto a la naturaleza de las limitaciones al derecho de propiedad privada en aras de protección del ambiente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en los votos 5833-2002 y 2004-1923-2004, citadas por la sentencia dictada por la Sección Segunda de éste Tribunal No. 573-2005, dictada a las 11:20 horas del 25 de noviembre del 2005, dentro del proceso ordinario interpuesto por los actores contra la Municipalidad de Santa Bárbara de Heredia, determinó que 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. Estas medidas administrativas suponen diversas restricciones y controles sobre los usos o aprovechamientos de agua y sobre las actividades preexistentes que puedan afectar el recurso en cuanto se justifican en un interés público, por lo que no afectan el derecho de propiedad o la integridad del patrimonio. En consideración del Tribunal tales medidas deben reputarse como limitaciones de interés social que no vacían de contenido el derecho de propiedad o amplían el dominio público sobre las aguas subterráneas, sin previa indemnización, sino que moldean su contenido esencial, por lo que deben ser soportadas, al tratarse de un sacrificio o una carga general.

Conforme se señala en la sentencia de cita, uno de los instrumentos más novedosos en la protección de los recursos hídricos es la definición de perímetros de protección para la conservación del recurso y su entorno, con el fin de preservar la calidad y cantidad del agua, así como de la formación geológica denominada acuífero. Así la Ley de Aguas en su artículo 31 declara como reserva de dominio a favor de la Nación, las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio; y la zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables, así como el de los que dan asiento a cuencas hidrográficas y márgenes de depósito, fuentes surtidoras o curso permanente de las mismas aguas. En la especie, por las razones que se dirá, los demandantes no han demostrado por prueba idónea que conforme a la naturaleza del fundo, las limitaciones establecidas en el artículo 31 de la Ley de Aguas generan una afectación al derecho de propiedad de tal magnitud que impida el ejercicio de los atributos propios de ese derecho en razón de lo cual la demanda interpuesta no puede prosperar, debiendo revocarse la sentencia de instancia.

VI. Los demandantes no han aportado prueba a los autos que permita determinar con certeza que la limitación contenida en el artículo 31 de la Ley de Aguas, sea de tal grado que impida dar ningún uso al inmueble, el cual se encuentra supuestamente desprovisto de todo valor de mercado y que por ende se encuentre sustraído del comercio. Asimismo, los actores no han demostrado que no han podido hacer uso del inmueble y que su derecho de disfrute y posesión se ha visto afectado y que la existencia del área de protección de la naciente ubicada en el inmueble lo haga del todo inutilizable para los fines requeridos por los actores. El peritaje rendido en autos (folios 274 a 276) se limitó a señalar que la afectación por la captación de agua, de 200 metros desde la naciente, cubre un total aproximado de terreno de un 88% (8.488.33 metros cuadrados), quedando un remanente aprovechable de terreno de un 12% (1.157.50 metros cuadrados) y que el tipo de suelo es normal, tipo de zona agrícola-semi-urbana. Si bien del peritaje se evidencia que existe una afectación en un porcentaje significativo del inmueble, los demandantes no han aportado a los autos prueba idónea que permita determinar que el grado de afectación de la finca conforme a su naturaleza (certificado de uso conforme del suelo), limita el ejercicio de los atributos de la propiedad. Asimismo no han demostrado -salvo su dicho- la imposibilidad que se genera con ocasión de la limitación respecto de la venta o hipoteca del inmueble. Conforme lo ha determinado la Sala Constitucional la demostración de dichos requisitos resulta esencial a los efectos de determinar que se ha dejado sin contenido su derecho de propiedad, lo cual resulta indispensable para que se genere la obligación de proceder a la indemnización del valor del inmueble a través del proceso expropiatorio. En razón de lo dicho, carece de fundamento las pretensiones contenidas en la demanda a efecto de que se determine la obligación de indemnización del valor del inmueble o la obligación de proceder al inicio de los trámites de expropiación.

VII. Conforme lo señala el representante de la demandada, las normas citadas por los accionantes como fundamento de su demanda, no imponen la obligación a cargo de esa entidad de adquirir los inmuebles circundantes a las áreas de protección de mantos acuíferos que como en este caso se encuentra destinado al abastecimiento de

agua potable de la población de Santa Bárbara de Heredia. Si bien el artículo 31 de la Ley de Aguas declara como reserva de dominio a favor de la Nación las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio, dicha norma no otorga de manera imperativa que el ente demandado deba adquirir inmuebles o iniciar procesos de expropiación de inmuebles afectados por dicha limitación. De igual manera las disposiciones contenidas en los incisos f), g) y h) del artículo 2 de la Ley Orgánica del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados No. 2726 del 14 de abril de 1961, modificada por la Ley No. 5915 del 12 de julio de 1976, citadas como fundamento de la demanda, no establecen dicha obligación. Dichas disposiciones establecen que le corresponde de manera exclusiva a dicha Institución la obligación de vigilancia, asesoría, fiscalización y rectoría en cuanto a la administración y buen funcionamiento y suministro de agua potable, no así la obligación de adquirir los inmuebles e infraestructura, de otros entes que administran acueductos, como en el presente caso la Municipalidad de Santa Bárbara de Heredia. Si bien la entidad demandada debe hacer cumplir la Ley General de Agua Potable, considerándose como el organismo sustitutivo de los ministerios y Municipalidades, la ley no le impone el deber de administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, los cuales se irán asumiendo tomando en cuenta la conveniencia y disponibilidad de recursos. Las disposiciones de comentario, señalan que los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán seguir a cargo de éstas, mientras suministren un servicio eficiente. En este mismo sentido, si bien la disposición contenida en el artículo 22 de la Ley de cita establece la competencia en lo que se refiere a la conservación, ampliación, gestión en que debe incurrir para el mantenimiento de las zonas circundantes a las fuentes de agua, dicha disposición tampoco establece la obligación legal de adquirir aquellas áreas de protección establecidas en el artículo 31 de la Ley de Aguas. Según lo dicho, ninguna de las disposiciones legales citadas como fundamento de la demanda, pueden constituir fundamento a efecto de determinar en sentencia la obligación del Instituto demandado de adquirir el inmueble propiedad de los actores con ocasión de la existencia de una naciente de agua o de la limitación en las áreas de protección de dichas fuentes, conforme lo pretenden los accionantes, por lo que la acción intentada con este fundamento no puede prosperar.

VIII. No existe fundamento de legalidad a efecto de determinar la responsabilidad de la entidad demandada de resarcir los daños y perjuicios recamados por los actores, conforme a los artículos 190 y siguientes de la Ley General de la Administración Pública, ya que no existe un nexo de causalidad entre los hechos que constituyen el fundamento de la demanda y los daños y perjuicios reclamados en este proceso. En efecto, conforme se concluye de los autos, no existe una actividad administrativa por parte del ente demandado que por acción u omisión hubieran causado un daño a los demandados, siendo que los hechos que fundamentan la demanda no son atribuibles a la entidad demandada, toda vez que la denegatoria del permiso de construcción fue emitida por la Municipalidad de Santa Bárbara de Heredia que es la operadora del sistema de agua potable y tiene a cargo la administración del acueducto y no de la entidad demandada. En consideración de ésta Cámara, en la especie no existe fundamento para considerar la existencia de una responsabilidad objetiva a cargo del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, siendo que conforme lo señaló

la sentencia No. 573-2005, dictada por ésta Sección del Tribunal a las once horas veinte minutos del veinticinco de noviembre del 2005, citada en el Considerando V de ésta resolución, en caso de que los actores consideren que la limitación establecida a su fundo vacía de contenido su derecho de propiedad, cualquier reclamo en relación con este aspecto, debe ser dilucidado en un proceso en el que se discuta la responsabilidad del Estado-Legislator, toda vez que la reserva impuesta proviene de una disposición legal (artículo 31 de la Ley de Aguas). En la especie no le corresponde a la demandada correr con ningún resarcimiento como el que se pretende, dado que el objeto de la demanda planteada por los actores no lo constituye la determinación de responsabilidad objetiva del Estado por acto legislativo, por lo que en tales condiciones mal se haría en imponer obligaciones a la entidad accionada que no le corresponden, máxime que los hechos que motivan ésta demanda no obedece a actuaciones y omisiones que le sean atribuibles.”

3. Aguas de dominio público: Procedente titulación por información posesoria de terreno que contiene pozo artesanal

[Tribunal Agrario]^{iv}

Voto de mayoría

“IV- La recurrente no expone los motivos por los cuales solicita la nulidad de la sentencia y revisados los autos se corrobora el cumplimiento de los requisitos legales para proceder a la aprobación de estas diligencias de información posesoria a favor de su promovente y no se observan razones de nulidad que deban ser declarados. Sobre el agravio esgrimido en cuanto la necesidad de requerir informe al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, previa aprobación de estas diligencias, se estima no es de recibo. Dentro del elenco de requisitos que deben ser aportados por las personas promoventes de diligencias de esta naturaleza, no se encuentra el señalado por la apelante. La Ley de Informaciones Posesorias es instaurada para otorgar título inscribible a los poseedores que han adquirido por usucapión bienes no inscritos y requieren un título que logre inscribirse en el Registro de la Propiedad, y para ello debe demostrar haber poseído por más de diez años en los términos del artículo 856 del Código Civil. Es decir, la finalidad de dicha normativa es dotar a quien ya es el propietario del terreno -y lo ha demostrado judicialmente- de un título de la naturaleza citada y pueda demostrar ante terceros su propiedad, mediante la publicidad registral, con la finalidad que su derecho de propiedad surta todos los efectos legales, según lo estipula el numeral 267 del Código Civil. Estima este Tribunal, al cumplirse con los requisitos legalmente establecidos y cumplido el procedimiento legal, las personas titulantes tienen el derecho constitucional de que se les otorgue el título para los fines indicados. Una situación es ser el propietario del fundo y otra de diversa naturaleza es aprovechar los recursos tanto hídricos como minerales que podrían existir en las superficies o el subsuelo, que por Ley son de dominio público, independientemente de la titularidad de la propiedad en donde se encuentren inmersos. No existe en la legislación, la obligación de solicitar en estas diligencias el informe que echa de menos la Procuraduría, para poder obtener la titularidad registral de un fundo que han poseído conforme a las normas legales y que han adquirido como propietarios. Por otra parte, no se estima que la existencia de un pozo artesanal obligue a solicitar un informe al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados. En primer lugar, el concepto del pozo artesanal, involucra una excavación en la tierra realizada por el ser humano hasta encontrar agua

aprovechable y elevarla para uso doméstico y necesidades ordinarias (artículo 6 de la Ley de Aguas), lo que resulta distinto de un manantial, sitio de captación o toma surtidora de agua potable. El primero es una fuente natural de agua que brota de la tierra originado por la filtración de ésta, el segundo es una obra destinada a obtener un cierto volumen de agua de una formación acuífera concreta, para satisfacer una determinada demanda y la tercera es una construcción destinada a recibir o recoger el agua y proveer de ella. Teniendo claras esas diferencias de conceptos, el artículo 31 de la Ley de Aguas determina que las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potables, son reserva de dominio a favor de la Nación en un perímetro no menor a doscientos metros de radio. Por su parte, el artículo 7 de la Ley, en su inciso c), considerará inalienables y no susceptibles de adquirirse por denuncia o posesión los terrenos los situados en las márgenes de "todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convenga reservar con igual fin." De manera que, la demanialidad a que se refieren ambas normas está vinculada a los manantiales o nacientes, situación distinta a la que ocurre en este caso concreto pues se trata de un pozo artesanal. Adicionalmente, el promovente ha inscrito debidamente el en Registro Nacional de concesiones de Agua y Cauces, su aprovechamiento por medio de pozo artesanal, para uso doméstico, cumpliendo con lo ordenado en la Ley de Aguas (ver Inscripción a folio 126).

V- La resolución de aprobación de las diligencias que apela la recurrente, no constituye una autorización que faculte a la titulante para aprovechar el agua del pozo artesanal existente en el fundo, ni otorga una calificación privada a las aguas que pudieran emerger del mismo. Al contrario, se declara en la parte dispositiva de la sentencia que el fundo se inscribirá y quedará afectado por las limitaciones de la Ley de Aguas, de la Ley Forestal y de la Ley de Caminos Públicos, respondiendo así a la consignación que pide el ente procurador se consigne en la resolución recurrida, que resulta innecesaria. Con lo resuelto, no se infringen las resoluciones de la Sala Constitucional, los artículos 4 del Código de Minería, 50 de la Ley Orgánica del Ambiente o el régimen del demanio público y sus consecuencias legales, pues lo único que se aprobó fue el otorgamiento a la promovente del título del fundo sin inscribir, que demostró haber adquirido al cumplir con las condiciones de plazo, modo y adquisición de la posesión sobre el fundo."

4. Limitaciones a la propiedad: Análisis del régimen de protección de las nacientes

[Sala Primera de la Corte]'

Voto de mayoría

"V.- No obstante lo anterior, y por la relevancia del tema, es importante referirse al régimen de protección de las nacientes, el cual prevé distintos supuestos, los cuales tienen en común, el establecimiento de un área alrededor de estas sobre la cual recae la respectiva tutela. El ordenamiento jurídico dispone dos supuestos; una afectación de esa franja al demanio público (ordinales 7 de la Ley de Tierras y Colonización y 31 de la Ley de Aguas), o bien, mantener el inmueble como propiedad privada pero protegida (artículos 33 y 34 de la Ley Forestal). Al margen de la naturaleza del terreno

en cuestión (que no se encuentra en discusión en el presente proceso), aún en el supuesto de menor protección, es decir, tratándose de un área protegida en propiedad privada, no puede dejarse de lado que las consecuencias que de esta calificación legal se desprenden una serie de limitaciones a la propiedad. Además de la explícita a que hace referencia el numeral 34 del cuerpo normativa citado, y que consiste en una prohibición para cortar árboles, lo cierto es que el establecimiento de un área de protección alrededor de la naciente lleva implícito una restricción al ejercicio de aquellas facultades de dominio que puedan afectar, directa o indirectamente, una naciente permanente. Afirmar lo contrario podría derivar en el contrasentido de que se permita levantar una edificación que destruya dicho recurso natural a condición de que no se tale ningún árbol, o como en el presente caso, que no hayan árboles sembrados. En este sentido, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el numeral 10 de la Ley General de la Administración Pública, el cual establece que la norma administrativa debe interpretarse de la manera que mejor garantice el fin público que se persigue. En materia ambiental, además de lo preceptuado en el ordinal 50 constitucional y que fue objeto de análisis en el considerando III, debe tenerse en cuenta que el Estado se encuentra compelido a velar por la protección del ambiente, procurando un desarrollo sano y ecológicamente equilibrado. Esta obligación de rango constitucional ha sido desarrollada en diversas normas de rango legal, como por ejemplo la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley de Biodiversidad, entre otras. En virtud de lo anterior, si bien la medida cautelar impugnada debe ser anulada, tanto la parte actora como el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, así como cualquier otra institución competente, se encuentran en la obligación legal de prevenir cualquier acción que pueda incidir en forma negativa sobre la naciente. Adicionalmente, aprecia esta Cámara que existe una disputa en cuanto al cumplimiento o no de los requisitos que en materia ambiental exige la legislación, en particular, respecto de la exoneración en el cumplimiento de la evaluación de impacto ambiental. Este es un aspecto que no fue conocido ni definido en el presente proceso, por lo que lo acá dispuesto, no incide en la solución de dicho diferendo. En consecuencia, debe la Administración Pública velar por el cumplimiento de las normas que rigen la materia.”

5. Responsabilidad de la Administración por conducta lícita: Análisis sobre la procedencia de reclamo indemnizatorio derivado de limitación impuesta por ley a propiedad privada que posee manto acuífero

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II]^{vi}

Voto de mayoría

"V.- Luego del examen de la situación fáctica sometida a debate, el Tribunal arriba al convencimiento que debe impartirse su aprobación al fallo combatido, aún y cuando sea por las razones que ahora se exponen. Todo el problema suscitado gira en torno del artículo 31 de la Ley de Aguas, con fundamento en el cual, la corporación llamada a juicio, ante el pedimento de construcción que hicieran los demandantes, y a pesar de la inexistencia de un acto denegatorio, les indicó, en el oficio número DI-21-03 de 12 de febrero de 2003, que *“(...) Para tal efecto, el alineamiento definitivo de la naciente lo dará la Dirección de Urbanismo del INVU o cualquier consulta al respecto se puede*

hacer al Departamento de Aguas del Minae (...)". En términos similares se pronunció el asesor legal del ayuntamiento, en su nota de 22 de marzo de 2003, cuando al conocer el reclamo de indemnización puntualizó lo siguiente: "*(...) por cuanto este municipio no es esta (sic) privando del goce efectivo de su derecho de propiedad según lo tutela el Artículo 45 de nuestra Constitución Política. El cual puede ejercer libremente en dicha finca, simplemente les ha manifestado que existe legislación vigente (Art. 31 de la Ley de Aguas) la cual es clara afirma (sic) que existe un radio de protección de 200 Mts. Dentro del cual no es posible realizar construcciones de ningún tipo esto con el fin de proteger el líquido vital para la vida (...)*". Se obtiene de lo citado, que lo que se les manifestó, era que no podían construir en un radio de doscientos metros, y que en todo caso, cualquier autorización debía contar con un estudio técnico de alineamiento que debía emitir la Dirección de Urbanismo del Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo. Con fundamento en esta decisión, los señores Cortés invocan, que se les denegó levantar cualquier estructura en su terreno, limitación que a su entender, los priva en su totalidad de la propiedad, y dentro de este cuadro, es que se analiza el punto sometido a debate.-

VI.- Es innegable, por cuanto así está acreditado, que sobre el inmueble número 178172 del Partido de Heredia, propiedad de los actores, desde milnovecientos ochenta y ocho, está establecida la naciente de agua Los Cortés, con depósitos subterráneos que abastecen la población de San Pedro de Santa Bárbara de Heredia, situación que sin lugar a dudas, afecta el bien a las limitaciones que impone la Ley General de Aguas en su artículo 31. En otros términos, que en un radio de doscientos metros no se pueden levantar edificaciones, y aún más, declara de dominio público los fundos que estén alrededor de estas captaciones. Del estudio del plano catastrado número H-619136-2000, se extrae, sin temor a equívocos, y por la ubicación que tiene la fuente Los Cortés: entre los derroteros 8 y 9, que cuando menos, la restricción impuesta por la ley, toma un altísimo porcentaje del bien de los demandantes, llevando incluso a determinar, que se vacía sustancialmente el contenido del derecho de propiedad, en cuyo caso, cualquier lesión de esta naturaleza es indemnizable, por aplicación llana del principio de igualdad ante las cargas públicas. No obstante, en criterio de este cuerpo colegiado, no corresponde al Ayuntamiento, correr con ningún resarcimiento como el que se pretende, dado que la reserva impuesta, no provino de la Municipalidad, ente que se limitó a aplicar una norma legal vigente en el Ordenamiento Jurídico, en virtud del principio de legalidad a que está obligada y que impide edificaciones en el área señalada en el numeral 31 de la Ley General de Aguas. Debe indicarse además, que cualquier reclamo en relación con este aspecto, tampoco puede hacerse a la demandada, ya que no fue ella quien impuso restricción alguna sino el Estado-Legislator. Obsérvese que según el citado ordinal, "*Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio (...)*", se "*(...) declaran como reserva de dominio a favor de la Nación (...)*". En estas condiciones, mal se haría, en imponer obligaciones que no le corresponden, máxime que, se reitera, en ningún momento la demandada denegó el permiso de construcción.-

VII.- Lo decidido no implica, en modo alguno, que este Tribunal esté desconociendo el régimen de responsabilidad objetiva del Estado y las implicaciones y protecciones que a la propiedad privada brinda nuestra Carta Magna. Sin embargo, cabe indicar, que tal

derecho no es irrestricto y, en ocasiones, debe ceder a intereses públicos y sociales. Así lo ha determinado la Sala Constitucional en múltiples pronunciamientos. Así, en el voto número 2002-09779 de 9 horas 43 minutos del 11 de octubre de 2002, expresó: “(...) III (...) El artículo 45 de la Constitución Política consagra el derecho de propiedad, siendo que en el párrafo primero señala su carácter de “inviolable” (...) A la luz de lo señalado anteriormente, cabe indicar que el derecho de propiedad como la mayoría de los derechos no es irrestricto y en consecuencia está sujeto a limitaciones. Sin embargo, dichas limitaciones deben obedecer a la existencia de un interés público legalmente comprobado o limitaciones de interés social decretadas mediante ley aprobado por votación calificada (...)”. En otro pronunciamiento, número 5833 de 14 de junio de 2002, expresó: “(...) *Siendo absolutamente válido establecer limitaciones al derecho a la propiedad privada en aras de la defensa del ambiente, con la finalidad de lograr equilibrio entre conservación y producción dado que, en la protección de nuestros recursos naturales, debe existir una actitud preventiva, a efecto de lograr que la degradación y el deterioro sean minimizados, la precaución y la prevención se convierten en principios rectores de la materia, que obligan al Estado a proteger la belleza material y el medio ambiente (...)*”. Siempre en relación con el tema de los mantos acuíferos, aquella autoridad ha manifestado, en su sentencia número 2004-1923 de 14 horas 55 minutos del 25 de febrero de 2004, lo siguiente: **“...CONTAMINACION 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...

...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. Este tipo de medidas administrativas suponen diversas restricciones y controles drásticos sobre los múltiples usos o aprovechamientos de agua –en especial los generales o especiales de carácter privado- y sobre las actividades preexistentes que puedan afectar el recurso en cuanto se justifican en un interés público, por lo que no afectan el derecho de propiedad o la integridad del patrimonio. En esencia, tales medidas deben ser reputadas como limitaciones de interés social que no vacían de contenido el derecho de propiedad o amplían el dominio público sobre las aguas subterráneas sin previa indemnización sino que moldean su contenido esencial por lo que deben ser soportadas, al tratarse de un sacrificio o una carga general, por todos los usuarios, los que, en último término, son los beneficiarios de éstas, en tanto están orientadas a corregir una situación coyuntural de carestía o contaminación inminente que afecta la economía del recurso hídrico en una zona determinada. Tales medidas administrativas de intervención, virtualmente contenidas en los artículos 32 de la Ley de Aguas de 1942 y 10° del Reglamento de Perforación y Explotación de Aguas Subterráneas (Decreto Ejecutivo No. 30387 del 29 de abril del 2002), pueden ser las siguientes: a) **Perímetros de protección de los mantos acuíferos:** Una de los instrumentos más novedosos en la protección de los recursos hídricos es la definición de perímetros de protección para la conservación del recurso y de su entorno. Esta medida de intervención administrativa busca preservar la calidad y cantidad del agua contenida pero también de su continente, esto es, de la formación geológica denominada acuífero. Esa actividad consiste en proyectar y trazar sobre la superficie una demarcación bajo la que se asienta un acuífero o parte de éste, en la que se establece un régimen específico de utilización del dominio hidráulico –ordenación y restricción de las concesiones de agua preexistentes, impedimento de otorgar nuevas- y de control de las actividades e instalaciones que puedan afectarlo –a través de autorizaciones- (v. gr. minas, canteras; actividades urbanas que incluyan tanques sépticos, cementerios, rellenos sanitarios –almacenamiento, transporte y tratamiento de residuos sólidos y líquidos-; actividades agrícolas y ganaderas con depósito y distribución de fertilizantes y plaguicidas, riego con aguas residuales y granjas; actividades industriales con almacenamiento, transporte y tratamiento de hidrocarburos líquidos o gaseosos, productos químicos, farmacéuticos y radiactivos, industrias alimentarias y mataderos, etc.). Evidentemente, la definición de perímetros por las autoridades nacionales –MINAE e ICAA- debe ser respetada por los gobiernos locales (Municipalidades) y el INVU (dada su competencia residual en materia de planificación urbana en ausencia de planes reguladores locales) para compatibilizar, desarrollar y reflejar efectivamente los condicionamientos establecidos en la definición de los perímetros de protección en la normativa contenida en los respectivos Planes Reguladores sobre los usos de suelo o de ordenación del territorio (v. gr. reglamento de zonificación, de construcciones, etc.). Obviamente, a lo anterior debe añadirse la protección alrededor de las áreas de captación (pozos -PPP: perímetros de protección

de los pozos-, manantiales, nacientes, etc.-), mediante la definición de una zona alrededor en la que se prohíban o limiten determinadas actividades humanas regulándose o controlándose el uso del suelo. La determinación del perímetro depende de la zona de captura o de carga del pozo (ZOC) y su extensión depende de las características y propiedades del área de captación y del terreno de recarga, puesto que, las normas no pueden ser iguales para el caso de terrenos permeables o fisurados que para los que tengan formaciones impermeables. La definición de perímetros debe conjugarse con la cartografía de vulnerabilidad o susceptibilidad natural de los mantos acuíferos de abastecimiento a las cargas de contaminación antrópica, en función de sus características hidrogeológicas y geoquímicas, ante problemas de contaminación antropogénica, lo que se logra mediante el levantado de mapas. Sendas medidas, perímetros de protección y la cartografía de vulnerabilidad son idóneas para poder reubicar a tiempo un determinado tipo de actividad, la fuente de abastecimiento o, en último término, introducir métodos e instrumentos técnicos para el tratamiento y disposición de los agentes contaminantes. Las medidas a tomar a partir de los perímetros y cartografía de vulnerabilidad varían según se trate de una (a) área sin ocupación territorial, siendo útil para definir las actividades que en el futuro puedan instalarse o no; (b) áreas ya ocupadas, en cuyo caso se efectúa un mapeo de la vulnerabilidad natural y de las áreas con mayor susceptibilidad a la contaminación, pudiéndose, ante la amenaza de un índice elevado de contaminación, reubicar las actividades, las fuentes de abastecimiento e introducir tecnología para el tratamiento y disposición de contaminantes; (c) áreas ya contaminadas, para lo cual se podrán buscar fuentes alternas, evitar la propagación de las plumas de contaminación y, de ser posible, por su elevado costo, tratar las aguas del acuífero después de su extracción; (d) áreas para nuevas captaciones, supuesto en el cual se debe inventariar las actividades potencialmente contaminantes y el área de impacto de cada una de éstas..." Como se obtiene de lo transcrito, la protección legal relacionada con el medio ambiente es amplísima y es obligación del Estado cumplir, a cabalidad, con toda la normativa emitida al respecto. En el voto número 2001-6503 del Tribunal Constitucional, así se patentizó, en cuanto resolvió: "(...) **III.- Obligación de las instituciones del Estado de cumplir con la legislación ambiental en su actividad ordinaria:** El párrafo tercero del numeral 50 Constitucional señala con toda claridad que el Estado debe garantizar, defender y preservar el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; lo que implica afirmar que los entes públicos no sólo están en la obligación de hacer cumplir –a los particulares y otros entes públicos- la legislación ambiental, sino también, ante todo, que deben ajustar su accionar a los dictados de esos cuerpos normativos tutelares. Las instituciones del Estado son las primeras llamadas a cumplir con la legislación tutelar ambiental, sin que exista justificación alguna para eximir las del cumplimiento de requisitos ambientales como, a manera de ejemplo, el estudio de impacto ambiental que exige la Ley Orgánica del Ambiente para las actividades que emprendan los entes públicos que, por su naturaleza, puedan alterar o destruir el ambiente".-

Además de lo anterior, en un pronunciamiento reciente de este Despacho, número 474-2005 de 11 horas 20 minutos del 12 de octubre de 2005, se indicó:“(...) A lo anterior cabe agregar, que a tono con la más moderna doctrina y los principios ambientales en boga, la legislación costarricense -entre las que están la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley de Biodiversidad, por citar sólo las más recientes-, recoge una

serie de criterios de interpretación, como el **preventivo**, el **precautorio o indubio pro natura**, el del **interés público ambiental**, y el de **integración**. De ellos, resultan especialmente significativos los dos primeros, y sobre los cuales se ha indicado lo siguiente: "...Uno de los principios rectores del Derecho Ambiental lo constituye el precautorio o de evitación prudente. Este principio se encuentra recogido en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río, la cual literalmente indica "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". En el ordenamiento jurídico interno la Ley de Biodiversidad (No. 7788 del 30 de abril de 1998), en su artículo 11 recoge como parámetros hermenéuticos los siguientes principios: "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". En el Voto de esta Sala No. 1250-99 de las 11:24 horas del 19 de febrero de 1999 (reiterado en los Votos Nos. 9773-00 de las 9:44 horas del 3 de noviembre del 2000, 1711-01 de las 16:32 horas del 27 de febrero del 2001 y 6322-03 de las 14:14 horas del 3 de julio del 2003) este Tribunal estimó lo siguiente: "(...) 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". 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 reglas 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" (Sala Constitucional, sentencia 2004-1923, ya citada).-

Lo expuesto permite afirmar que en la especie, sí está de por medio un interés público preponderante, que se manifiesta en la necesidad de proteger el recurso hídrico, con todos los medio al alcance del país, y mediante la imposición de medidas razonables y pertinentes para evitar su deterioro o contaminación (...).-

VIII.- Por demás, del estudio de los autos se obtiene, que la propiedad en mención también se encuentra afectada por el numeral 33 inciso d) de la Ley Forestal, número 7554 de 28 de setiembre de 1995, norma que viene a reproducir, la defensa de los mantos acuíferos, que declara como zonas de protección: *"Las áreas de recarga y los acuíferos de los manantiales cuyos límites serán determinados por los órganos competentes (...).-*

IX.- Tal y como se expresó es innegable, que el inmueble de los accionantes sí está afectado, en grado sumo, por la naciente que en él se encuentra, y en esta inteligencia, podrían tener derecho los actores a la indemnización, plena o parcial, según se demuestre. Sin embargo, deberán acudir a los procedimientos respectivos, y además, encauzar su demanda, contra los verdaderos obligados por las restricciones impuestas, en virtud de que la responsabilidad objetiva, también es procedente, por conducta lícita y funcionamiento normal (numerales 190 y 194 de la Ley General de la Administración Pública)."

6. Aguas de dominio público: Principios aplicables, alcances y efectos de su carácter demanial

[Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV]^{vii}

Voto de mayoría

"IV.- SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO AMBIENTAL: El Derecho Ambiental, como Derecho autónomo que es, cuenta con principios propios, los cuales orientan la actividad ambiental. Estos principios se encuentran la mayoría recogidos, de uno u otro modo, en los textos legales o al menos señalados por la jurisprudencia. Asimismo debe recordarse que el artículo cincuenta constitucional consagra el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y que del mismo numeral derivan una serie de principios que se analizarán en la presente sección. La doctrina especializada ha señalado como principios rectores en la materia cuando menos los de Igualdad, De la Tutela del Derecho Ambiental a cargo del Estado, Sostenibilidad, Principio del uso racional de los recursos, a fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente, de la Calidad Ambiental, Principio de solidaridad, Principio Precautorio, Principio preventivo, Publicidad, Restaurabilidad, "El que contamina, paga", De la realización del estudio de impacto ambiental previo a la iniciación de obras, Sólo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales, La falta de recursos económicos de las

instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al Derecho Ambiental, Coordinación para garantizar la protección del medio ambiente, La lesión a este Derecho Ambiental se da tanto por acción como por omisión, Inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales y la participación ciudadana en los asuntos ambientales. Sin que se pueda entender que dicha lista resuelta cerrada en tanto como derecho en construcción podrían agregarse nuevas líneas de aplicación e interpretación de dicho ordenamiento. **La igualdad** de las personas ante la ley, sin ningún tipo de discriminación, es un derecho fundamental recogido en nuestro ordenamiento por el artículo treinta y tres de la Constitución Política y establecido también en el artículo veinticuatro de la Convención Americana de los Derechos Humanos. El derecho al medio ambiente y a su protección se encuentra también protegidos por este principio de igualdad, el cual debe aplicarse a la materia. De este modo, todos los seres humanos tienen por igual el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado y acceder a la justicia de sin discriminación alguna para hacer valer sus derechos en caso de haber visto violentado el derecho a un ambiente sano (de manera directa o indirecta). El artículo cincuenta constitucional declara que toda persona tiene derecho a un ambiente sano y equilibrado. El artículo dos inciso a) de la Ley Orgánica del Ambiente contiene dicho principio al declarar que el ambiente es patrimonio común de todos los habitantes de la Nación y por ello tanto a nivel institucional (del Poder Ejecutivo) como jurisdiccional los ciudadano tienen derecho a un trato igualitario. El principio de **la Tutela del Derecho Ambiental a cargo del Estado** se extrae también del canon cincuenta Constitucional derivando la obligación del Estado de ejercer una función tutelar y rectora en materia ambiental. Al respecto la Sala Constitucional ha señalado que el Estado debe *“asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro lado debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales.”* (voto 9193 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia). De tal manera desarrolla la Sala Constitucional todas las acciones que comprende la tutela que debe ejercer el Estado en aras de proteger el medio ambiente; incluyendo tanto un comportamiento de hacer como de no hacer, toda vez que por una parte, debe abstenerse de cometer algún acto en contra del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; y por otra parte, debe adoptar una conducta activa, en el sentido de dictar las medidas, regulaciones que estime pertinentes para el resguardo de este derecho. El órgano rector en la materia de estudio lo constituye el Ministerio del Ambiente y Energía (no está demás recordar que ese ministerio ha cambio de nombre) de conformidad con el numeral dos de la Ley Orgánica de este Ministerio; con lo cual se debe decir que la figura del Estado como sujeto, el cual está llamado a ejercer la tutela en materia ambiental, es un Ministerio en el cual recae la rectoría, pero además, para que esta función de protección del medio ambiente sea real y efectiva, es necesaria la participación de una serie de entes y órganos estatales, los cuales, en coordinación con el MINAE (ó MINAET, según el momento histórico), están llamados a interactuar (como lo son las municipalidades). **La sostenibilidad en el uso de los recursos naturales es uno** de los principios

aceptados universalmente y con perspectiva jurídica. De acuerdo con un informe de las Naciones Unidas, desarrollo sostenible es el desarrollo capaz de satisfacer las necesidades del presente, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las suyas (Loperena Rota, Demetrio, los Principios del Derecho Ambiental, 1998, p. 62). Por su parte, el artículo dos incisos a) y b) de la Ley Orgánica del Ambiente establecen la obligación del Estado y los particulares de participar en la conservación y utilización sostenible del ambiente; y el derecho de todos de disfrutar de un ambiente sano y ecológicamente sostenible para el desarrollarse. Asimismo se ha señalado que el deterioro al ambiente condiciona las posibilidades de desarrollo humanas; por lo que se ha vuelto común el utilizar el término de “desarrollo sostenible” el cual encierra ambos derechos. En ese sentido la Sala Constitucional ha definido “desarrollo sostenible” como *“una de esas políticas generales que el Estado dicta para ampliar las posibilidades de que todos puedan colmar sus aspiraciones a una vida mejor, incrementando la capacidad de producción o bien, ampliando las posibilidades de llegar a un progreso equitativo entre un crecimiento equitativo entre un crecimiento demográfico o entre este y los sistemas naturales. Es el desarrollo sostenible, el proceso de transformación en la utilización de los recursos, orientación de las inversiones, canalización del desarrollo tecnológico, cambios institucionales y todo aquello que coadyuve para atender las necesidades humanas del presente y del futuro.”* (voto 1763-94). El **principio del uso racional de los recursos**, a fin de que exista el necesario equilibrio entre el desarrollo del país y el derecho al ambiente está muy relacionado con el principio anterior, incluso podría pensarse en que es parte del mismo se encuentra con fundamento constitucional en el artículo sesenta y nueve de la Constitución el presente principio (uso racional de los recursos). Ahora bien, en este principio encontramos un componente ideológico, lo cual genera, en algún modo, algunos problemas al momento de su aplicación; ya que comprende además conceptos jurídicos indeterminados, como lo son el uso racional y el necesario equilibrio entre el desarrollo y medio ambiente. Estos conceptos muchas veces generan incertidumbre al momento de su aplicación. La Administración Pública es la encargada de determinar este punto de equilibrio y en última instancia lo serán los órganos jurisdiccionales. Sobre el principio en estudio, la Sala Constitucional ha señalado que: *“...la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada e inteligente de sus elementos y en sus relaciones naturales, socioculturales, tecnológicos y de orden político (desarrollo sostenible), para con ello salvaguardar el patrimonio al que tienen derecho las generaciones presentes y futuras. Por ello, el objetivo primordial del uso y protección del ambiente es que a través de la producción y el uso de la tecnología, se obtengan no sólo ganancias económicas (libertad de empresa) sino sobre todo un desarrollo y evolución favorable del medio ambiente y los recursos naturales con el ser humano, esto es, sin que se cause daño o perjuicio...”*(voto 6322-2003). Por tal manera, la protección del ambiente debe encaminarse a la utilización adecuada de sus elementos, toda vez que es necesario la conservación del medio ambiente, pero también es indispensable la utilización de sus recursos para emprender procesos de desarrollo en beneficio de la sociedad en general. La cual a su vez, por una parte, demanda la protección del ambiente, y por otro lado, el desarrollo del país, desarrollo que, en un país como el nuestro, en muchos de los casos, tiene su fundamento en las riquezas naturales. De tal manera, la Sala Constitucional ha manifestado que *“es preciso optar por el desarrollo sostenible, el cual satisface las necesidades del presente sin comprometer nuestra capacidad para*

hacer frente a las del futuro. Se trata en consecuencia, de una política cuyo núcleo es una planificación a largo plazo a través de políticas estatales, las cuales deben cumplir con todos los requisitos exigidos por las normas existentes y que lógicamente en este campo deben ser vistos con criterios restringidos, pues si se destruyen o se dañan los recursos naturales por una decisión precipitada o bien cuando las condiciones requeridas no son cumplidas, el desarrollo económico, social y político se afectará y decaerá, trayendo como consecuencia lógica la pérdida de la calidad de vida del ciudadano, y por ende, la pérdida de una riqueza invaluable que bondadosamente la Naturaleza nos ha regalado. Este desarrollo significa reconocer que deseamos tener acceso continuo a los recursos que posibiliten la vida y si hacemos expandir los beneficios del proceso industrial tenemos que estar conscientes de las implicaciones y limitaciones que supone este derrotero.”(voto 4423-93). El **Principio de la Calidad Ambiental** constituye un parámetro fundamental de la calidad de vida, ya que ligado a la vida que cada individuo pueda llevar; y a su vez se encuentra ligado el uso que se haga del ambiente para el propio desarrollo. Es así como el Tribunal Constitucional ha estimado que el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, implica el correlativo deber de proteger y preservar el medio, mediante el ejercicio racional y el disfrute útil del derecho mismo. (Voto 6233-2993). En ese sentido, siempre y cuando se demuestre que alguna actividad es dañina para la salud, se estaría en presencia de una violación del principio en estudio. O bien, cuando alguna actividad económica implique la pérdida de un recurso natural importante, dicha actividad debe ser prohibida, porque de lo contrario, se estaría fomentando el deterioro al ambiente, y con ello, a la calidad de vida de las personas. Igualmente se puede encontrar el fundamento del presente principio en el ya mencionado el artículo cincuenta constitucional y además se encuentra contenido en instrumentos internacionales que garantizan la protección al medio ambiente (como la Declaración de Estocolmo). En lo tocante al **principio de solidaridad** por tratarse el derecho al ambiente de un derecho de tercera generación se encuentra desarrollado bajo el valor de la solidaridad (así como el de libertad e igualdad fueron los principios y valores que respectivamente los que orientaron los derechos de primera y segunda generación). Se ha configurado como un “auténtico principio jurídico formalizado, generador de obligaciones exigibles en el seno de las relaciones sociales” (Real Ferrer, El Principio de Solidaridad en la Declaración de Río, 1994, p. 78). El principio de solidaridad implica y genera una responsabilidad colectiva para su realización, la cual es compartida pero diferenciada. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 dejaron establecido que “Los Estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros que disponen”(Principio 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo 1992). Con la aparición del principio de solidaridad se vislumbra una humanización y preocupación no solo por el disfrute del derecho actual sino también por la preservación del mismo para asegurar el disfrute a las generaciones futuras. El derecho de las futuras generaciones implica a su vez una serie de derechos y deberes intergeneracionales relacionados entre sí y que a su vez se dividen en 3

principios básicos: **a- Principio de conservación de opciones:** se traduce en el derecho de cada generación a recibir la diversidad de los recursos naturales y el correlativo deber a mantenerlos, lo que implica una explotación racional y eficiente de los mismos. **b- Principio de conservación de la calidad:** supone el derecho de todas las generaciones a recibir el planeta en condiciones de calidad óptimas y a su vez un correlativo deber de conservarlas y transmitir las a futuras generaciones para que no las reciban en peores condiciones. **c- Principio de conservación de acceso:** el derecho de acceso equitativo al legado de las generaciones pasadas y el deber de procurarlo a todos sus miembros (Franco del Pozco, Mercedes, El Derecho Humano a un medio ambiente adecuado, en Cuadernos de Derechos Humanos, Bilbao, 2000, p. 21). Por su parte el **principio Precautorio**, es uno de los principios más desarrollados, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y se le ha considerado como principio esencial componente del derecho ambiental. Las Administraciones Públicas tienen la obligación de actuar en protección del derecho de todos al medio ambiente, y es así como se han delineado principios de actuación administrativa propios de la protección del medio ambiente y que particularizan este ámbito. Es importante hacer ver que el principio precautorio constituye un parámetro de legalidad de las conductas administrativas, y sobre ese particular, el doctor Aldo Milano señala que “ *gran parte de las actividades riesgosas están sujetas a un régimen de policía administrativa, lo cual se manifiesta en el otorgamiento o la negativa de autorizaciones de ese mismo carácter. Esto hace que se planteen conflictos relacionados con tales decisiones, sea porque se estima que al otorgarse en un caso concreto la autorización, se quebranta el Principio Precautorio o bien, porque al ser denegada o condicionada con sustento en aquél, el afectado estima ilegítima la decisión.*” Así, aludiendo a un caso concreto de la jurisprudencia francesa, indica que la decisión atacada en lo contencioso administrativo constituye el último paso en el largo procedimiento de evaluación de la inocuidad de la actividad de que se trate, y que la doctrina encuentra en el principio precautorio una fuente de derecho que impone una forma determinada de actuar de la Administración, de modo que –en caso de no respetarse esa forma de actuar-procedimiento- se estimará la nulidad del acto final que se adopte (ver Milano, Aldo. “El Principio Precautorio”, 2005, p. 55 a 58). El principio precautorio, también llamado como Principio de la Evitación Prudente, adquiere fuerza con la Declaración de Río de 1992 (Cumbre de la Tierra), pero ya la idea venía desarrollándose en otros convenios internacionales como la Declaración de Estocolmo y La Carta Mundial de la Naturaleza. El artículo quince de la Declaración de Río contiene este principio al señalar que “*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.*” A nivel nacional, el artículo once de la Ley de Biodiversidad consagra el principio precautorio, prácticamente en los mismos términos que lo hace la Declaración de Río. El principio de precautorio ha planteado varias interrogantes, dentro de las cuales destacan: el problema de la reversión de la carga de la prueba en materia ambiental; el equilibrio que debe existir entre las medidas represivas y preventivas; y la motivación que debe darse a industrias y otras empresas a través de políticas estimulantes de la protección del medio ambiente. En lo concerniente a la reversión o inversión de la carga de la prueba, consiste en que el demandado es el llamado a ofrecer pruebas para desvirtuar

el contenido de la pretensión, sin olvidar que al Derecho Ambiental le interesa más la prevención que la reparación del daño. Está expresamente regulado en el artículo ciento nueve de la Ley de Biodiversidad, que dispone: *“La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quién se le acuse de haber ocasionado daño ambiental”*, norma que debe verse en estrecha relación el artículo cinco de la misma Ley, que señala que lo establecido en esa legislación servirá de marco de interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de dicha Ley. Esto quiere decir que en materia ambiental se rompe el clásico esquema de que *“quién afirma prueba”*, y adquiere un papel preponderante la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual, *“se traslada la carga a quién, a raíz de su situación personal, se halla en mejores condiciones para acercar la probanza al proceso, sin que importe si es el actor o el demandado”* (sobre la carga dinámica de la prueba puede consultarse la sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 212-2008 de las 8:15 horas del 25 de marzo del 2008). Esta posición es aceptada por la doctrina del derecho ambiental, que en ese sentido ha indicado lo siguiente: *“En el proceso ambiental, especialmente en función del principio precautorio, se produce una modificación en la carga de la prueba de encuadre clásico (según la cual es principio “que todo el que alega un hecho como pretensión o defensa tiene la carga de probarlo”) y cobra vida, en función de la precaución, la doctrina de las cargas dinámicas probatorias como paliativo para aligerar la ímproba tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían recaer sin miramientos sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado), por malentender las sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la prueba. Finalmente, las modificaciones señaladas en el ámbito del proceso ambiental imponen hablar de un “verdadero derecho procesal ambiental”, sea considerado como una rama autónoma o no; y la complejidad científico-técnica de los casos ambientales, que demandan soluciones inéditas a problemas también inéditos, imponen como mecanismo superador de las estructuras tradicionales del derecho la conveniencia de contar con fueros especializados en la materia ambiental como garantes de la aplicación efectiva del principio de precaución.”* (Martínez, María Paulina. “El principio precautorio”. En Protección Ambiental, Argentina, 2008, p. 122). En íntima relación con esta variante procesal, la doctrina resalta el rol activo del Juez de frente a un asunto de carácter ambiental, y al respecto señala lo siguiente: *“ Pero fue la Ley N° 25.675 (LGA) la que consagró innovaciones inéditas en materia de potestades judiciales (ordenatorias e instructorias), otorgándole al enjuiciador un rol completamente activo e inquisidor como garante de la aplicación del principio precautorio en aquellos procesos en los que se busca la preservación del equilibrio natural (ver artículo 32 LGA), sin que ello implique quiebre alguno del principio de congruencia. (...) se concluye que no existen áreas inmunes a la fuerza normativa de la Constitución y de las normas ambientales, particularmente la Ley General del Ambiente, que constituyen un orden público ambiental, que confieren amplias facultades, incluso de revisión de cuestiones hasta de índole técnica, que le permiten dar plena operatividad al principio precautorio en cada paso del iter procesal, en una tarea concreta y sin duda alguna macroscópica en pos del derecho a una efectiva tutela judicial efectiva.”* (idem, Martínez, p. 117). Este papel que la doctrina le asigna al Juez de frente a asuntos de carácter ambiental, no está dissociado del modelo que la Constitución Política y el Código Procesal Contencioso Administrativo le otorgaron al Juez Contencioso Administrativo. La Ley de

Biodiversidad, cuyas normas son aplicables a resto del ordenamiento en materia ambiental, dispone expresamente en su artículo ciento ocho que *“en materia de biodiversidad y mientras no exista jurisdicción ambiental, toda controversia será competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa”*, excepto aquellos casos donde no medie un acto administrativo ni del dominio público. Fijada esta competencia, debemos recordar que la jurisdicción contencioso-administrativa goza de una amplia potestad de fiscalización, dada por el artículo cuarenta y nueve de la Constitución Política, que le permite ejercer un control tanto subjetivo, consistente en la tutela de las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados (derechos subjetivos e intereses legítimos), como objetivo, consistente en garantizar la legalidad de la función administrativa de toda la Administración Pública (sean acciones u omisiones). El artículo primero del Código Procesal Contencioso Administrativo reproduce el contenido del artículo cuarenta y nueve constitucional y señala que la jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa (Jinesta, Ernesto. “Manual del Proceso Contencioso Administrativo, 2008, p.29). La doctrina nacional reafirma el amplio carácter fiscalizador del Juez contencioso administrativo en nuestro ordenamiento, al indicar lo siguiente: *“Cuando la norma permite el control de la “función administrativa”, adopta sin ambages una fórmula amplia de fiscalización, en la que el Juez queda facultado para el control de la totalidad de la conducta administrativa. En efecto, el precepto rompe de tajo con cualquier limitación construida alrededor del objeto contencioso administrativo, pues cuando inserta la generalidad de la “función” administrativa dentro del ojo supervisor del Juez, abre el abanico jurisdiccional respecto de cualquier función, comportamiento o conducta administrativa. Nótese que no se atribuye a la jurisdicción contenciosa el control de la “actividad” o “acción” administrativa, ni mucho menos del “acto administrativo”, sino de la “función”, que no por casualidad, resulta omnicomprensiva no sólo de todas ellas, sino también de todo el ámbito de la inactividad. Cuando el artículo asigna al Juez el control de la “función”, está permitiendo que éste analice jurídicamente cualquiera de las funciones que a ella le son propias, cualquiera de sus conductas en cualquiera de sus manifestaciones administrativas. Puede controlar el Tribunal, tanto la actuación activa como la omisiva. Siempre que la conducta sea administrativa y que el control se realice dentro del marco jurídico, no existe o no debe existir, esfera exenta de control jurisdiccional; su revisión puede y debe ser completa, sin inmunidad alguna en el objeto. (...) En este aspecto el constituyente nos ofrece un nuevo broche de cierre, una puerta de seguridad adicional como garantía del control pleno y universal, pues además de sujetar la función administrativa al control jurisdiccional de legalidad, permite al Juez comprobar si aquella se encuentra o no ajustada a los fines que la justifican.”* (González, Oscar. “Sentencia”. En: El Nuevo Proceso Contencioso-Administrativo, 2006, p.426). Sobre el papel protagónico y activo que ejercer el Juez en la dinámica del Código Procesal se señala: *“ Tal autonomía activa y organizacional para el restablecimiento del ordenamiento jurídico público (escrito y no escrito) y la protección efectiva de los intereses legítimos y los derechos subjetivos, confirma la trascendencia de esta jurisdicción como mecanismo reparador y protector de las situaciones jurídicas eventualmente afectadas, por la inmisión indebida del poder público a través de su multiplicado universo de órganos y entes con sus funcionarios*

generalmente de iure y excepcionalmente de hecho. (...) Incluso, se trastocó el principio clásico civilista que identifica el objeto del proceso con las pretensiones alegadas y deducidas por las partes, a fin de que la autoridad judicial, en calidad de sujeto activo en el proceso, dicte justicia no sólo con apego a lo pretendido sino, también, ajustando las pretensiones a la justicia pronta y cumplida, conforme a la nueva legislación, para satisfacer los valores insertos en el Estado de Derecho presentes en cada proceso para el restablecimiento de la legalidad o, mejor aún, del ordenamiento jurídico. Bajo el nuevo esquema, el juez antes de regirse por el principio dispositivo lo hará también por el inquisitivo, propio de los tribunales constitucionales como cuando, en nuestro caso, la Sala Constitucional condena en ambas costas y daños y perjuicios a las partes vencidas en las acciones de amparo, aunque los vencedores no lo hayan pedido.” (Jiménez, Manrique. “Bases constitucionales para la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa”. En: El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo, p. 18 y 19, 2006). Retomando el principio precautorio, una vez ocurrida la acción que provocó el daño al ambiente, el interés se centra en la búsqueda de la mejor solución, tanto a nivel jurídico como práctico, teniendo claro que cualquier reparación que se realice nunca va a restituir en la totalidad la situación original. Por lo anterior, podría resultar criticable la imposición de principios como “El que contamina paga”, toda vez que estaría en contra del ánimo de prevención que es uno de los pilares fundamentales del Derecho Ambiental, y más bien, se estaría fomentando el deterioro del ambiente a cargo del pago o resarcimiento económico del daño ocasionado; pero el derecho debe también establecer las medidas de reparación en caso de que las precautorias o preventivas no sirvan (como sucede en la práctica la muchas ocasiones). La Sala Constitucional ha frecuentado en llamarlo también principio “in dubio pro natura” (voto 2000-9773 de la Sala Constitucional), señalando que comprende una especie de inversión de la carga de la prueba, dado que en caso de falta de certeza sobre las consecuencias de una actividad basta para no llevarla a cabo. Se ha establecido doctrinariamente que este principio se refiere a las políticas ambientales generales, y que para casos concretos opera el principio preventivo. En materia ambiental existe incertidumbre científica sobre los posibles daños que pueden ocasionar algún tipo de actividades. El principio precautorio se refiere a la actitud cautelosa que se debe tomar cuando surja alguna duda razonable en relación con la peligrosidad de cualquier actividad de repercusiones ambientales, sea para que se evite o para tomar las medidas necesarias para evitar el daño eventual.(Loperena Rota, Desiderio, Los Principios del Derecho Ambiental, España, 1998, p. 93). El **Principio preventivo** -también- esta muy relacionado con el principio anterior se refiere a la proyección sobre las consecuencias perjudiciales ciertas de algunas actividades. El tratar de evitar las con anticipación es el propósito de este principio; por ejemplo en el caso de las políticas preventivas reflejadas mediante las Evaluaciones de Impacto Ambiental. En casos concretos este principio se traduce en la aplicación de medidas cautelares. El desarrollo doctrinario y legislativo de la tutela cautelar está centrado, como es lógico, en el proceso jurisdiccional. Debido a la lentitud de los procesos y las verdaderas situaciones de injusticia que se pueden ocasionar por ello, es que ha surgido en el Derecho comparado la necesidad de implementar las medidas cautelares. A pesar de ser esto así, la tutela cautelar no se circunscribe tan solo al ámbito jurisdiccional, sino que su aplicación también se contempla en los procedimientos administrativos. En los procedimientos de naturaleza ambiental la importancia que ha adquirido la tutela cautelar es decisiva a la hora de ejercer el

derecho de todos a un medio ambiente sano. En sede jurisdiccional, las medidas cautelares tienen por función principal garantizar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva, para que no sea una mera declaración de principios. De acuerdo con la doctrina nacional, existe un derecho fundamental a la tutela cautelar que forma parte del derecho a una justicia pronta y cumplida contenido en el artículo 41 constitucional. (Jinesta Lobo, Las Medidas Cautelas Atípicas en el Proceso Contencioso Administrativo, en la Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, p. 171). En este sentido, la jurisprudencia nacional ha manifestado que “ *III. ... Resulta obvio, que el derecho a la tutela cautelar y el deber correlativo del órgano jurisdiccional de actuarlo cuando concurran los presupuestos establecidos en la ley, cuya titularidad ostenta todo justiciable, posee una profunda raigambre constitucional, y más concretamente forma parte del haz de facultades que conforman el contenido esencial del derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida (tutela judicial efectiva, o en los términos de la Sala Constitucional derecho general a la jurisdicción, artículo 41 de la Constitución Política). En tal sentido, se puede sostener, que **no existe una tutela judicial pronta y cumplida – efectiva- sin una cautelar flexible y expedita.***”(Voto 405-95 de este Tribunal, o resaltado no corresponde al original). En materia de derecho ambiental la presencia de los presupuestos propios de las medidas cautelares cobra mayor vigencia, dado el carácter irreversible de los daños ambientales. En cuanto al principio de **publicidad** es de recordar que la Administración tiene el deber de hacer públicas las informaciones de actividades públicas o privadas que tengan relación con el medio ambiente, dado que media un interés público. Para el autor español Martín Mateo, la información o publicación de los datos es la base sobre la que se asienta igualmente la acción protectora de las Administraciones Públicas, la educación ambiental y la investigación (Tratado de Derecho Ambiental, España, 1991). El artículo treinta de la carta fundamental garantiza el acceso a los departamentos administrativos con propósitos información sobre asuntos de interés público. Sin embargo, en materia medioambiental el concepto de información y acceso adquiere una nueva dimensión y se entiende como el derecho del individuo o colectividad de solicitar información y de ser informado por cualquier ente u órgano estatal sobre cualquier proyecto que pueda afectar su derecho de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Calzada, Ana Virginia, Garantías e Implicaciones Constitucionales del Medio Ambiente, en Apuntes sobre el Sector Justicia al Derecho Ambiental, Costa Rica, 1997, p. 286). A su vez el principio de **restaurabilidad** se aplica en presencia de la responsabilidad civil por la generación de una lesión, la sanción al responsable puede ser la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados (compensación) o la reparación a su estado originario de la situación alterada por la infracción. La doctrina ha sostenido, que a diferencia de otros ámbitos en los cuales en general existe la opción de reponer o no la cosa dañada, en materia ambiental la efectiva restauración es imprescindible y no opcional para el administrador del bien dañado, esto en particular por la titularidad común de los bienes ambientales dado que no puede dañarse el medio ambiente y destinar su compensación económica para otros usos (Loperena, 1998, p. 73). Sin embargo, es claro que la reparación será sanción en la medida que esta sea posible. Los artículos cincuenta y tres y cincuenta y cuatro de la Ley de la Biodiversidad contienen este principio, y de este modo se obliga al Estado [incluyendo a las instituciones autónomas] a tener como principio de actuación la restaurabilidad, mediante la obligación de fomento y en caso de que ya se hubiese producido el daño ambiental

procurar tanto se recuperación, rehabilitación como la restauración del mismo. Por su parte la regla **El que contamina, paga**” según la doctrina, en el Derecho Ambiental se ha consagrado el principio de la responsabilidad extracontractual objetiva, sin que se examine la culpa o negligencia del agente causante del daño ambiental (Loperena, 1998, p. 64), la cual podría pensarse que se encuentra incluida dentro de la responsabilidad ambiental de la Ley Orgánica del Ambiente establecida en el artículo dos inciso d) [referente a los principios en materia ambiental], la cual es una cláusula amplia de responsabilidad al señalar que: “ *Quien contamine el ambiente o le cause daño será responsable, conforme lo establezcan las leyes de la República y los convenios internacionales vigentes*”. El origen de este principio es anglosajón y se debe entender de la siguiente manera: “*Conforme al principio ‘quien contamina paga’, se entiende por responsable de la contaminación, (...), por agente contaminador a la persona física o jurídica sometida a derecho privado o público que directa o indirectamente deteriora el medio ambiente o crea las condiciones para que se produzca dicho deterioro, tratándose de evitar en principio que la política de protección del medio ambiente se base en subvenciones y ayudas estatales y que se atribuya a la Comunidad la carga de la lucha contra la contaminación, siendo imputable al contaminado el costo de las medidas necesarias para la eliminación de la contaminación o para su reducción hasta estándares o medidas equivalentes de objetivos de calidad ambiental.*” (Ibídem, p. 67). Este principio implicaría para el contaminador el pago y cumplimiento de las medidas cautelares que se decreten; el cese de la actividad contaminante o su modificación; el pago de las multas pertinentes; y la reparación e indemnización de los daños y perjuicios ocasionados. Referente a la **realización del estudio de impacto ambiental previo a la iniciación de obras** aunque a simple vista más que un principio se podría decir que se trata de una obligación, la doctrina lo ha considerado como un principio, cuyo fundamento constitucional se extrae del mandato cincuenta de la carta fundamental, en el tanto que obliga al Estado a garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. En el Derecho Ambiental las medidas preventivas tienen una importancia vital; ya que prevenir es siempre mejor que reparar el daño ocasionado, por cuanto restablecer la naturaleza a su estado anterior no es tarea fácil. Dentro de las medidas preventivas se encuentra el estudio de impacto ambiental, el cual es obligatorio para el Estado y los particulares. En nuestro país la primera normativa de carácter legal que involucra este concepto es el Código de Minería, promulgado mediante Ley Número 6797. En el artículo ciento uno se contempla que “*con el objeto de garantizar un aprovechamiento racional de los recursos nacionales y de proteger sus usos futuros, los concesionarios **deberán efectuar estudios de impacto ambiental de sus actividades, en forma previa y pública.** Estos estudios deberán ser efectuados por personal técnico calificado, mediante las normas suministradas por el Estado, y si los estudios se consideraran deficientes podrán ser rechazados por el organismo gubernamental de control.*” (Lo resaltado no corresponde al original). Asimismo, el Reglamento al Código de Minería contiene en su artículo treinta y cuatro y siguientes lo establecido por la Comisión Gubernamental de Control Ambiental sobre los Estudios de Impacto Ambiental. Por otro lado, la Ley de Conservación de Vida Silvestre en el numeral 26 establece la facultad de la “*Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para otorgar permisos de importación de especies de Vida Silvestre. Toda solicitud para esos permisos deberá presentarse, ante esa Dirección, con una evaluación de impacto*”

*ambiental la que, para los efectos de esta Ley, se considerará documento público y deberá incluirse los siguientes requisitos...". Posteriormente, con la Ley de Hidrocarburos, se vino a establecer lo relativo a la protección ambiental, estipulándose la obligación de realizar un Estudio de Impacto Ambiental para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos. Éste desarrollo normativo, logra en mil novecientos noventa y cinco un importante y significativo avance con la publicación de la Ley Orgánica del Ambiente, en la cual se incluyeron una variedad de normas relacionadas con el Estudio de Impacto Ambiental, y se crea así la Secretaría Técnica Nacional Ambiental. De tal manera el artículo diecisiete de este cuerpo de normas dispone que las actividades humanas que alteren o destruyan elementos del ambiente o generen residuos materiales tóxicos o peligrosos, requieran de una evaluación de impacto ambiental por parte de la Secretaría Técnica Ambiental (SETENA). Por otro lado, éste principio también ha sido recogido por una serie de instrumentos internacionales, como lo es la Declaración de Río, que en su principio diecisiete contempló que "deberá emprenderse una evaluación de impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente." En el Convenio sobre Diversidad Biológica y sus Anexos I y II establece que "Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: Establecerá procedimientos apropiados por los que exija la evaluación del impacto ambiental de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica con miras a evitar o reducir al mínimo esos efectos, y cuando proceda, permitirá la participación del público en esos procedimientos..." Por su parte la Sala Constitucional ha realizado un significativo aporte al disponer que "el Estudio de Impacto Ambiental se establece como el instrumento idóneo que tiene el Estado para garantizar el equilibrio entre la conservación de los recursos naturales, y el desarrollo del ser humano en forma sostenible. De este modo, la actividad humana que conlleve la intervención, alteración o destrucción del medio ambiente, debe ajustarse a lo que ambientalmente resulte más beneficioso para el Estado y la comunidad, o la de grupos que puedan verse afectados." Ahora bien, el Estudio de Impacto Ambiental no puede eximirse de los proyectos de desarrollo, de explotación o exploración; ni por ley y menos aún por ninguna norma de rango inferior, precisamente por tener fundamentación en la Constitución Política. Por último debe señalarse que la realización del Estudio de Impacto Ambiental no implica la puesta en funcionamiento del proyecto en cuestión, toda vez que se trata de un requisito previo y que, necesariamente debe cumplirse en los casos estipulados. En cuanto al principio de que **sólo el Estado de Necesidad declarado excepciona el cumplimiento de las normas ambientales** más que un principio se puede tomar como una regla, ya que se determina que la única excepción al cumplimiento de las normas y principios en materia ambiental lo sería el estado de necesidad, ya que el Estado es el llamado a preservar el orden público. Por lo anterior, es que se debe decir que el fundamento de este "principio" lo sería el **Estado de Necesidad**; es decir, la misma necesidad se convierte en el fundamento. De tal manera, ante la presencia de situaciones transitorias y urgentes en las que se hace necesario la continuidad de los servicios públicos, se permite la dispensa de la normativa ambiental; bastaría con que se produzca el hecho determinante, como por ejemplo, una inundación, un terremoto, una epidemia, o bien, que se tenga un alto grado de certeza que se va a producir el hecho*

para que se pueda declarar el Estado de Necesidad. Así las cosas, le es permitido a la Administración Pública adoptar una conducta sin cumplir con una disposición en materia ambiental. Por ejemplo, la construcción de un puente sin la realización del Estudio de Impacto Ambiental, o bien, la realización de algún proyecto sin que se cuente con un permiso de salud. Por otra parte, no se debe confundir el Estado de Necesidad con la Contingencia, la cual se puede definir como aquel hecho futuro que puede o no producirse. En estos casos no es posible la dispensa de la normativa ambiental, toda vez que no se tiene certeza que el hecho se va a producir. En ese sentido, la Sala Constitucional ha dispuesto que “es contraria al Derecho de la Constitución, no sólo la normativa, sino la actuación de las instituciones públicas que dispensen los trámites y procedimientos ordinarios para la actuación ordinaria de la Administración.” (Voto 6503-2001). En consecuencia, “ para que se entienda de desarrollo constitucional la medida de emergencia, ésta debe atender única y exclusivamente a darle solución a la situación de emergencia que la motiva, y tener – además- como propósito el bien común: esto es, debe ser justa y además razonable (proporcionada en sentido estricto)”.(voto 6322-2003 de la Sala Constitucional). Mientras que con respecto al principio que **la falta de recursos económicos de las instituciones públicas no es excusa que justifique la omisión de dar protección al Derecho Ambiental** es una premisa desarrolla con el avance progresivo de los derechos económicos y sociales; y de la aplicación del principio de la prohibición del retroceso social. En términos de la Sala Constitucional “*la falta de presupuestos (recursos económicos, materiales y/o personal calificado) no puede constituirse en un límite entre el respeto y la violación de los derechos fundamentales, es decir, no puede ser motivo para que la Administración no actúe y tome acciones concretas a fin de que a través de su gestión encuentre solución a los problemas que los particulares les requieran en materia ambiental...*”(voto 6322-2003 de la Sala Constitucional). No se debe dejar de lado un aspecto vital, y es el hecho que este enunciado se debe analizar conjuntamente con el principio de equilibrio presupuestario, por cuanto la Administración Pública está obligada a cumplir el equilibrio en el presupuesto. De tal manera, se presenta un interesante fenómeno, ya que por una parte se establece la obligación del Estado de proteger el ambiente, sin que pueda excusarse en la falta de recursos para dejar de cumplirlo, y por otra parte, la situación que la Administración, abruptamente, no puede romper con el equilibrio presupuestario para cumplir con sus deberes y obligaciones constitucionales. Consecuentemente, resulta necesario buscar la manera en que se pueda cumplir con ambos enunciados, de tal forma que se garantice la protección al ambiente y además se cumpla con el equilibrio presupuestario. Es decir, se requiere de una aplicación armónica, integral entre ambos postulados. Es conveniente indicar que en la mayoría de los casos la falta de presupuesto es más consecuencia de la línea política imperante en la materia, que a la inexistencia del recurso mismo. Mientras que con respecto al principio de **Coordinación entre las diferentes dependencias de la Administración Pública** deriva del principio de la Unidad Estatal. Así se desprende de la jurisprudencia constitucional que al respecto ha consignado que “**la protección del medio ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual**, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo- de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados.” (Ibídem, lo resaltado no corresponde al original).

En España este enunciado está contenido expresamente en la Constitución Política en los numerales ciento cuarenta y ocho y ciento cuarenta y nueve; y se denomina el Principio de Coordinación Orgánica; el cual se basa en el dato de que la Constitución atribuye la función de protección de los recursos naturales con carácter compartido al Estado y las Comunidades Autónomas. La coordinación se produce cuando un problema desborda la competencia de un ente, y por esta razón se hace necesaria la coordinación con la entidad o el órgano público que corresponda y se ha definido como *“la ordenación de las relaciones entre estas diversas actividades independientes, que se hace cargo de esa concurrencia en un mismo objeto o entidad, para hacerla útil a un plan público global, **sin suprimir la independencia recíproca de los sujetos agentes.**”* (Ibídem, lo resaltado no corresponde al original). En el ordenamiento jurídico costarricense, a nivel legal, se consagra el presente principio en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Ambiente y a nivel internacional se ha enunciado, entre otros, en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano al contemplar que *“a fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio humano en beneficio de su población.”* De lo señalado, se extrae la necesaria coordinación estatal para lograr el cabal cumplimiento de las obligaciones constitucionales, importancia que se vuelve aún más importante al tratarse de la protección y preservación del medio ambiente. En este sentido, si bien existe un órgano rector en la materia, como lo es el MINAE, se hace necesaria la colaboración de otras instancias o dependencias, este Ministerio está facultado para integrar a todos aquellos involucrados, como lo son las municipalidades, que en ciertas materias son incluso las únicas con la competencia. Referente a que la **lesión a este Derecho Ambiental se da tanto por acción como por omisión** se desprende de la propia Constitución Política en el ya tantas veces citado artículo cincuenta, ya que como lo ha señalado la Sala Constitucional *“ las omisiones al deber de protección del medio ambiente y de cumplimiento de la normativa ambiental son de relevancia constitucional, por cuanto a consecuencia de la inercia de la Administración en esta materia, se puede producir un daño al medio ambiente y a los recursos naturales, a veces, de similares o mayores consecuencias, que de las derivadas de las actuaciones de la Administración. ”* (Ibídem). En ese sentido, *podría incluso pensarse en la omisión en el dictado de una ley indispensable para la protección del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, llevar a cabo una construcción sin la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental; o lo ejercer los deberes de vigilancia; los cuales son apenas algunos ejemplos en los que la inactividad de la Administración, tanto formal como material, puede provocar daños graves al ambiente, muchas veces mayores que los que se producen por medio de acciones. Con respecto a la **inoperancia del silencio positivo en materia de utilización de recursos naturales** como es sabido, el silencio positivo es un instrumento propio del derecho administrativo y opera en toda aquella actividad fiscalizadora del Estado, cuando luego de transcurrido un plazo prudente, que en nuestro ordenamiento jurídico es de un mes [salvo norma que disponga plazo contrario] después de presentada la solicitud, la Administración no fiscaliza la actividad, entonces se entiende por otorgada. Se presenta para los permisos, autorizaciones, licencias, de conformidad con los numerales trescientos treinta y trescientos treinta y uno de la Ley General de la Administración Pública. No obstante,*

esta regla no resulta de aplicación en materia ambiental, ya que está por encima el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Sobre la materia, la Sala Constitucional ha señalado que: “...estas reglas –silencio positivo- no son de aplicación en materia de permisos de aprovechamiento de los recursos naturales (forestales, mineros, marinos, aguas de la Nación, fuerzas que derivan de los recursos hídricos, etc.), [...], precisamente en virtud del valor superior (interés público) de la tutela del ambiente, y precisamente por la conceptualización del derecho ambiental como un derecho fundamental [...]” (Op. Cit). Este principio fue consagrado por la Sala Constitucional para los recursos forestales, sin embargo, dado que la protección se da para toda la naturaleza se entiende que rige para toda la materia ambiental, ya que la no aplicación del silencio positivo en materia ambiental, podría señalarse, que encuentra su justificación en el valor superior, o sea, el interés público, de la tutela del ambiente como un derecho fundamental. A nivel legal, se ha consagrado este “principio” de manera expresa como en la Ley Forestal es una de ellas, al disponer, de una forma muy amplia y clara, que en materia de recursos naturales no opera el silencio positivo. El problema es que debería encontrarse de manera más directa y expresa su consagración como principio, ya que como es sabido una de las formas de proteger el ambiente es precisamente impidiendo que por la inercia de la Administración se puedan tener por otorgados permisos para la explotación de los recursos naturales, que generarían, en muchos, casos daños irreparables al medio ambiente o incluso la pérdida de algunos de sus componentes. Por último, en cuanto a la **participación ciudadana en los asuntos ambientales** se consagra en un principio cuyo fundamento se extrae de los artículos veintisiete, treinta y cincuenta constitucionales, por cuanto los ciudadanos tienen derecho al acceso a la información de que se dispone y a la divulgación de ella para la toma de decisiones. La participación ciudadana constituye una consecuencia del principio democrático y abarca el derecho a la información relativa a los proyectos ambientales o que puedan causar una lesión a los recursos naturales y el medio ambiente y la garantía de una efectiva participación en la toma de decisiones. Por su parte, el artículo diez de la Convención de Río elevó la participación a rango de principio en materia ambiental al disponer que “*el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona debe tener adecuada formación sobre el medio ambiente que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.*” (Lo resaltado no corresponde al original). En el Derecho Español su propia Constitución contiene **la participación ciudadana** en el artículo ciento veintinueve punto uno al señalar que “*La Ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los Organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.*” Además de la fundamentación constitucional, en nuestro ordenamiento, la Ley Orgánica del Ambiente contempla este principio al igual que el Reglamento sobre Procedimientos de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, incluso establecen la realización de una audiencia pública en el procedimiento del Estudio de Impacto

Ambiental; pero el ordenamiento jurídico costarricense no está al margen de este importante postulado, ya que en un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, la participación de la población es uno de los pilares fundamentales y debería fortalecerse más.

V.- EN CUANTO AL DOMINIO PÚBLICO EN EL DERECHO AL AGUA: La Constitución Política en el artículo ciento veintiuno inciso catorce, señala: " (...) Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...) 14) Decretar la enajenación o la aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación (...)". Esta disposición constitucional ha sido desarrollada en el Código Civil, en los artículos doscientos sesenta y uno al doscientos sesenta y tres; el primero de ellos indica: "*Son cosas públicas las que, por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellas de que todos pueden aprovecharse por estar entregadas al uso público. Todas las demás cosas son privadas y objeto de propiedad particular, aunque pertenezcan al Estado o a los Municipios, quienes para el caso, como personas civiles, no se diferencian de cualquier otra persona*". Por su parte el canon siguiente agrega: "*Las cosas públicas están fuera del comercio; y no podrán entrar en él, mientras legalmente no se disponga así, separándolas del uso público a que estaban destinadas*". Así, como dominio público se entiende el conjunto de bienes sujeto a un régimen jurídico especial y distinto al que rige el dominio privado, que además de pertenecer o estar bajo la administración de personas jurídicas públicas, están afectados o destinados a fines de utilidad pública y que se manifiesta en el uso directo o indirecto que toda persona pueda hacer de ellos. No está demás agregar a esa definición la existencia del patrimonio público, entendido este, como la existencia de una serie de bienes que por disposición del constituyente, o derivado de este (normalmente dispuesto positivamente en una ley ordinaria) son patrimonio de la nación en administración del Estado, quien eventualmente podría otorgar alguna situación jurídica a partir de ellos. En estos casos, ese patrimonio no está a disposición de la colectividad de manera directa o indirecta, o incluso afecta a un servicio público; normalmente presentan un considerable valor económico, y La Nación lo ha reservado para sí en provecho de la colectividad. Conforme la normativa legal citada, el Estado posee tanto bienes de dominio público, como privado; los bienes públicos son aquéllos a los cuales una ley les da un destino para uso público o general, se les denomina "demaniales" y son inalienables, imprescriptibles, inembargables e indenunciables. La lógica de los bienes públicos es que su dominio antecede al Estado mismo, de suerte que son de La Nación en cuanto requisito para la convivencia en sociedad, El Estado se limita a administrarlo, lo que como regla de principio impide que puedan salir de la esfera pública. Es decir, afectados por su propia naturaleza y vocación (Ver Sala Constitucional, voto 2306-91 de las 14:45 horas del 6 de noviembre de 1991). Se dice que son de La Nación es cuando que el Estado se limita a su resguardo y protección, sin que en principio pueda disponer de ellos. Estos bienes se encuentran fuera del comercio de los hombres y consecuentemente tienen una naturaleza y régimen jurídico diverso de los bienes privados –los cuales se rigen por el derecho de propiedad en los términos del artículo 45 de la Constitución Política–, en tanto, por expresa voluntad del legislador o por su misma esencia se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad de manera directa o indirecta, o constituyen patrimonio del Estado, sea al interés público, y que por ello, no pueden ser objeto de

propiedad privada, por lo cual, no pueden pertenecer individualmente a los particulares, ni al Estado, en sentido estricto, por cuanto éste se limita a su administración y tutela. Así, lo que define la naturaleza jurídica de los bienes demaniales es su destino, en tanto se afectan y están al servicio del uso público, según lo ha reconocido la doctrina en la materia, así, Marienhoff, Miguel S., en su obra Tratado de Derecho Administrativo (Tomo V. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992., pág. 25), consideró: "*Para que un bien o cosa sea considerado como dependencia del dominio público, y sea sometido al régimen pertinente, es menester que dicho bien o cosa estén afectados al «uso público», directo o indirecto, debiendo tratarse, en este «último» supuesto, de cosas afectadas directamente -como «bienes finales» o «bienes de uso»- a la utilidad o comodidad común, quedando excluidos de la dominialidad de los bienes el Estado que revistan carácter simplemente instrumental.*"

Por otra parte, los bienes privados del Estado, se regularan por el derecho privado con elementos propios del derecho público. Estos bienes, si están dentro del comercio de los hombres; pueden ser traspasados, apropiados, y no son imprescriptibles; por ende, son susceptibles de usucapión en beneficio de particulares, de conformidad con el artículo doscientos sesenta y uno ya indicado. Nótese que el énfasis de la diferenciación se da en relación al destino del bien, sea, al hecho de estar afectos a un uso común o al servicio del bien común (ver Sala Constitucional en sentencia número 2301-91, de 6 de noviembre de 1991 mil novecientos noventa y uno y 2000-06903 de las 15:48 horas del 8 de agosto de 2000). Como ya se adelantó, por su especial naturaleza jurídica, presentan los siguientes atributos: son imprescriptibles, lo cual implica que por el transcurso del tiempo, no puede adquirirse el derecho de propiedad sobre ellos, ni siquiera de mera posesión, es decir, no pueden adquirirse mediante la usucapión, así como tampoco pueden perderse por prescripción; motivo por el cual los permisos de uso que la Administración conceda sobre ellos, siempre tienen un carácter precario, lo cual hace que puedan ser revocadas por motivos de oportunidad o conveniencia en cualquier momento por la Administración —en los términos previstos en los artículos 154 y 155 de la Ley General de la Administración Pública—; y las mismas concesiones que se otorguen sobre ellos para su aprovechamiento, pueden ser canceladas, mediante procedimiento al efecto; son inembargables, que hace que no pueden ser objeto de ningún gravamen o embargo, ni por particulares, ni por la Administración; y son inalienables, lo que se traduce en la condición de que están fuera del comercio de los hombres; de donde no pueden ser enajenados, vendidos o adquiridos, ni a título gratuito ni oneroso, ni por particulares, ni por el Estado, de modo que están excepcionados del comercio los hombres y sujetos a un régimen jurídico especial y reforzado. Además su uso y aprovechamiento está sujeto al poder de policía, en tanto, por tratarse de bienes que no pueden ser objeto de posesión, y mucho menos de propiedad, su utilización y aprovechamiento es posible únicamente a través de actos debidamente autorizados, sea mediante concesión o permiso de uso, otorgado por la autoridad competente; y al control constante de parte de la Administración Pública. Un bien público puede ser natural o artificial, según se trate de bienes declarados públicos por el legislador considerándolos en el estado en que la naturaleza los presenta u ofrece (un río por ejemplo), o de bienes declarados públicos por el legislador pero cuya creación o existencia depende de un hecho humano (construcción de una calle o un parque público, por ejemplo). La afectación es el hecho o la manifestación de voluntad del poder público, en cuya virtud la cosa queda

incorporada al uso y goce de la comunidad y puede efectuarse por ley o por acto administrativo. La doctrina hace la distinción entre “asignación del carácter público” a un bien con la “afectación” de ese bien al dominio público. La asignación del carácter público significa establecer que ese bien determinado tendría calidad demanial; así, por ejemplo, la norma jurídica general diría que todas las vías públicas son integrantes o dependientes del dominio público y ello quiere decir que lo son las actuales y las que se lleguen a construir. En cambio, la afectación significa que el bien declarado demanial queda efectivamente incorporado al uso público y esto tiene que ver con la aceptación y recibo de obras públicas cuando se construyen por administración o por la conclusión de las obras y su recibo oficial, cuando es un particular el que las realiza (construcción de una urbanización o fraccionamiento, por ejemplo).- Es por esto que se dice que la afectación puede ser declarada por ley en forma genérica, o bien por un acto administrativo, el cual, necesariamente, deberá conformarse con la norma jurídica que le sirve de referencia (principio de legalidad). Como consecuencia de lo dicho en el punto anterior, es manifiesto que el régimen demanial es per se. Su existencia y publicidad se da con autonomía del Registro, sin que sea dable al titular registral alegar desconocimiento como medio para desvirtuarlo y contrarrestar la afectación. Los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad que caracterizan el dominio público impiden que en su contra pueda esgrimirse la figura del tercero registral para consolidar la propiedad privada ilícitamente sustraída de ese régimen. El demanio tiene publicidad legal y en muchos casos natural. Lo anterior va aparejado al principio de inmatriculación de los inmuebles componentes del dominio público, el cual cuenta con una publicidad material y no necesariamente formal o registral. Frente al dominio público, las detenciones privadas adolecen de valor debilitado, por prolongadas que sean en el tiempo y aunque aparezcan amparadas por asientos del Registro de la Propiedad. La condición de bien de dominio público y uso público afecta a tercero, aunque tal cualidad no resulte del Registro de la Propiedad. Se trata de bienes que, por su naturaleza, no necesitan de la inscripción registral (Voto 019-2009-SVII, Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Séptima). Nótese, que dicho principio como excepción al principio de publicidad registral tiene su fundamento, en que los bienes de dominio público gozan de publicidad material y por ende no es necesaria su publicidad registral, en el tanto los bienes de dominio público por su naturaleza, no son sujetos a dicho instituto. Adicionalmente, existe la figura de la "desafectación", que se trata de "*la situación jurídica por la que un bien deja de pertenecer al dominio público (...) los bienes que son desafectados se convierten, en principio, en bienes patrimoniales de la Administración titular, que, en su caso, podrá enajenarlos (...)*"(voto 035-2009-SVII, Tribunal Contencioso Administrativo); situación que en sana lógica solo podría ocurrir en aquellos que han sido declarados como tales por ley, pues en los que su condición es intrínseca tal posibilidad resultaría vedada. Antes de orientar la argumentación más en concreto sobre el punto que nos ocupa, es manifiesto que cuando el bien demanial ha sido creado por un particular o representa una afectación especialmente intensa que no está obligado a soportar este, dicho carácter no inhibe la obligación de asumir responsabilidad por parte de la Administración, a fin de permitir el equilibrio en las cargas públicas. Ahora bien, con respecto al agua, la Sala Constitucional, en voto n.º 5606-06, se reconoció la condición de derecho humano al señalar:

“VII.- El acceso al agua potable como derecho humano. Adicionalmente a lo señalado, y tal vez el aspecto más relevante en este tema, lo constituye la naturaleza y función del agua para la vida humana. No es necesario detallar aquí una explicación sobre la realidad evidente y notoria de que sin agua no puede haber vida, ni calidad de vida, y que por lo tanto, con ley o sin ley de nacionalización, por su propia esencia, este tema, no es ni puede ser un tema territorial o local. La propia Sala en su jurisprudencia constitucional ha dicho que el acceso al agua potable es un derecho humano fundamental, en cuanto se configura como un integrante del contenido del derecho a la salud y a la vida. (SALA CONSTITUCIONAL, sentencias números 534-96, 2728-91, 3891-93, 1108-96, 2002-06157 2002-10776; 2004-1923). Esta misma línea se ha mantenido en las sentencias 2003-04654 y 2004-07779, que en lo que interesa señalan: // ‘V.- // La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución , un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador” de 1988), el cual dispone que: “Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1.-Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos’. La carencia de recursos no justifica el incumplimiento de los cometidos de las administraciones públicas en la prestación de este servicio básico. (SALA CONSTITUCIONAL, resoluciones 2003-04654 y 2004-007779). // Por su parte, como bien lo reconocen tanto la Procuraduría como el representante del AyA en sus informes, en el campo internacional también es mayoritario el reconocimiento del agua como derecho humano y como una pre-condición necesaria para todos nuestros derechos humanos. Se sostiene que sin el acceso equitativo a un requerimiento mínimo de agua potable, serían inalcanzables otros derechos establecidos -como el derecho a un nivel de vida adecuado para la salud y para el bienestar, así como de otros derechos civiles y políticos. En noviembre del 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas afirmó que el acceso a cantidades adecuadas de agua limpia para uso doméstico y personal es un derecho humano fundamental de toda persona. Asimismo en el Comentario General No. 15 sobre el cumplimiento de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité hizo notar que ‘el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana. Es un pre-requisito para la realización de otros derechos humanos’. Se enfatiza también que los Estados miembros del Pacto Internacional tienen el deber de cumplir de manera progresiva, sin discriminación alguna, el derecho al agua, el cual da derecho a todos a gozar de agua suficiente, físicamente accesible, segura y aceptable para uso doméstico y personal. // Por su parte se han dado varias conferencias internacionales entre las que destaca la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua llevada a cabo en Mar de Plata en

1977 que reconoció que todos los pueblos tienen derecho al acceso a agua potable para satisfacer sus necesidades básicas. También, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU, de 1986 incluye un compromiso por parte de los Estados de asegurar la igualdad de oportunidades para todos para disfrutar de los recursos básicos. // El concepto de satisfacer las necesidades básicas de agua se fortaleció más durante la Cumbre de la Tierra de 1992 en Río de Janeiro. En la Agenda 21, los gobiernos acordaron que "al desarrollar y usar los recursos hídricos, debe darse prioridad a la satisfacción de las necesidades básicas y a la conservación de los ecosistemas. De igual forma, en el Plan de Implementación adoptado en la Cumbre de Johannesburgo en el 2002, los gobiernos se comprometieron a "emplear todos los instrumentos de políticas, incluyendo la regulación, el monitoreo..... y la recuperación de costos de los servicios de agua," sin que los objetivos de recuperación de costos se conviertan en una barrera para el acceso de la gente pobre al agua limpia. Asimismo existen decenas de instrumentos internacionales que directa e indirectamente tienen que ver con el agua como un derecho humano de todas las personas y pueblos, de tal forma que no sólo es un tema que por su naturaleza tiende a la nacionalización, sino a la internacionalización de su uso y aprovechamiento".

Véase como más allá del sustento normativo, el carácter demanial del agua es una consecuencia necesaria del imperioso requerimiento que presenta para la vida humana, lo que lleva aparejado que el norte normativo interno se sustente en el artículo veintiuno constitucional. A nivel infra constitucional, su demanialidad viene regulada inicialmente en la Ley de Aguas, número 276, de veintiséis de agosto de mil novecientos cuarenta y dos:

"Artículo 1º.- Son aguas del dominio público: // I.- Las de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho internacional; // II.- Las de las lagunas y esteros de las playas que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; // III.- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; // IV.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros; // V.- Las de las corrientes constantes o intermitentes cuyo cauce, en toda su extensión o parte de ella, sirva de límite al territorio nacional, debiendo sujetarse el dominio de esas corrientes a lo que se haya establecido en tratados internacionales celebrados con los países limítrofes y, a falta de ellos, o en cuanto a lo no previsto, a lo dispuesto por esta ley; // VI.- Las de toda corriente que directa o indirectamente afluyan a las enumeradas en la fracción V; // VII.- Las que se extraigan de las minas, con la limitación señalada en el artículo 10; // VIII.- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional y, en general, todas las que nazcan en terrenos de dominio público; // IX.- Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de pozos; y // X.- Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas cuyos cauces sean de dominio público.

Artículo 2º. - Las aguas enumeradas en el artículo anterior son de propiedad nacional y el dominio sobre ellas no se pierde ni se ha perdido cuando por ejecución de obras artificiales o de aprovechamiento anteriores se alteren o hayan alterado las características naturales.

Exceptúanse las aguas que se aprovechan en virtud de contratos otorgados por el Estado, las cuales se sujetarán a las condiciones autorizadas en la respectiva concesión. ."

Por su parte para cuando acaeció el otorgamiento de la concesión estaba vigente, la Ley 258 del dieciocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, Ley del Servicio Nacional de Electricidad, que señalaba:

"Artículo 1: Todas las aguas de la República, que no sean dominio privado de acuerdo con la Ley de Aguas vigente, ... son inalienable y del dominio, gobierno y vigilancia del Estado"

Abona a lo dicho lo dispuesto por el artículo cuarto del Código de Minería (Ley 6797 del 4 de octubre de 1982) que señala:

"Artículo 4.- las aguas subterráneas y superficiales, se reservan para el Estado y sólo podrán ser explotados por éste, por particulares de acuerdo con la ley, o mediante una concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los recursos naturales existentes en el suelo, en el subsuelo y en las aguas de los mares adyacentes al territorio nacional, en una extensión de hasta doscientas millas a partir de la línea de baja mar, a lo largo de las costas, sólo podrán ser explotados de conformidad con lo que establece el inciso 14) (último párrafo) del artículo 121 de la Constitución Política."

En cuanto a la Administración del recurso, la derogada Ley número 258 de dieciocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, creo el Servicio Nacional de Electricidad para ejercer el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia de varios recursos entre ellos todas las aguas. Facultándolo el numeral sexto para dar concesiones o derechos de aguas, norma que es coherente con la Ley de Aguas ya señalada que en artículo diecisiete establece que *"Es necesaria autorización para el aprovechamiento de aguas públicas, especialmente dedicadas a empresas de interés público o privado. Esa autorización la concederá el Servicio Nacional de Electricidad en la forma en que se prescribe en la presente Ley."*, lo que es reafirmado por el artículo setenta de la ley 16 del treinta de octubre de mil novecientos cuarenta y uno. Por su parte la ley N° 2726 de catorce de abril de mil novecientos sesenta y uno y sus reformas -en especial las de la ley No. 5915 de 12 de julio de 1976-, "Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados" indica:

"Artículo 1.- Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado ." (Así reformado por Ley N° 5915 de 12 de julio de 1976, artículo 1º)

Como se puede extraer de los artículos supra transcritos y de la lectura integral de la leyes respectivas, el S.N.E. tenía como finalidad en este campo, representar y ejercer en nombre del Estado el dominio del recurso hídrico del país, con el fin de velar por la preservación del mismo y utilización de forma jerarquizada según la importancia de las necesidades. Por su parte el A y A tiene como finalidad planificar, construir y operar la

infraestructura necesaria para abastecer de agua potable y vigilar la planificación, construcción y operación de la misma realizada por los particulares con el indicado fin. Como se observa, el representar al Estado en los contratos de concesión era uno de los mecanismos que le permitía al S.N.E. realizar su fin legal (como se verá esa competencia posteriormente fue trasladada). Establecido de manera expresa en su ley constitutiva como en la Ley de Aguas. Para aquellos años quedaba claro, que el otorgamiento de la conexión le resultaba propio, lo que incluía el correspondiente contrato; mientras el A y A presenta competencia para planear, diseñar, construir, operar y mantener obras de abastecimiento de agua a una población, así como la adecuación a sus recomendaciones de las indicadas obras cuando sean realizadas por particulares -Ley No. 16 del 30 de octubre de 1941, No. 809 de 02 de noviembre de 1949 y la Ley General de Agua Potable, entre otras- función que nunca ha conllevado la de conferir concesiones para la explotación de aguas del dominio público, aún cuando éstas sean destinadas, como es el caso que nos ocupa, a proveer de agua potable a una población definida. A partir de las normas dichas, en especial la Ley del A y A (así como los artículos 266 y 276 de la Ley general de salud, Ley n.º 5395 de 23 de octubre de 1973.), queda claro que a excepción de esta última, solamente las municipalidades, Empresa de Servicios Públicos de Heredia, Asociaciones de Desarrollo Comunal (a través de los Comités de Acueductos Rurales) u otros organismos locales con los que el A y A llegue a celebrar convenio al intento no existe otros organismos facultados para administrar acueductos públicos. De manera que un particular no está autorizado por el ordenamiento jurídico para prestar el servicio público de abastecimiento poblacional de agua potable y alcantarillado sanitario, con excepción de las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados (ASADAS) como gestoras del servicio público. De manera que el Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (que asumió las funciones de otorgar concesiones de agua ante el transformación del SNE en la ARESEP), de previo a otorgar la concesión, estaría en la obligación legal de verificar que el particular cuenta con la autorización previa del A y A y del Ministerio de Salud para que la empresa privada preste el servicio de agua potable a la población, así como el sistema de alcantarillado sanitario. En el caso de las ASADAS que actúan por delegación del A y A, su naturaleza jurídica surgen a raíz de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, en la cual se facultó a este a delegar la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueductos y alcantarillados --que le fueron encomendados por el legislador--, a agrupaciones debidamente conformadas para tal efecto, según se desprende del artículo segundo inciso g) de la citada ley, al señalar expresamente *“Queda facultada la institución para convenir con organismos locales, la administración de tales servicios o administrarlos a través de juntas administradoras de integración mixta entre el Instituto y las respectivas comunidades, siempre que así conviniere para la mejor prestación de los servicios y de acuerdo con los reglamentos respectivos.”* Con fundamento en la norma transcrita anteriormente, el Poder Ejecutivo procedió emitió varios reglamentos, siendo el Reglamento de las Asociaciones Administradoras de Sistemas de Acueductos y Alcantarillados Comunales, (Decreto N°32529 de 2 de febrero de 2005) la norma vigente, que dispone este último reglamento en su artículo 3:

‘Artículo 3. A y A mediante convenio suscrito al efecto, previo acuerdo favorable de su Junta Directiva, podrá delegar la administración, operación, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de acueductos y/o alcantarillados comunales, a favor de asociaciones

debidamente constituidas e inscritas de conformidad con la Ley de Asociaciones N°218 del 08 de agosto de 1939, sus modificaciones y respectivo Reglamento, Decreto Ejecutivo N°29496-J, publicado en La Gaceta N°95 del 21 de mayo del 2001..."

De la norma transcrita, se desprende que las Asociaciones Administradoras de Acueductos y Alcantarillados constituyen personas jurídicas de naturaleza privada, dado que su creación debe regirse por la Ley de Asociaciones. Por esta razón, la constitución de dichas asociaciones debe realizarse con absoluto respeto al derecho de libre asociación y consecuentemente son entes de derecho privado y no público, no obstante que su funcionamiento se encuentra sometido a los requisitos y requerimientos exigidos por la normativa que las regula, ya que les fue encomendado el ejercicio de una especial actividad que por intermedio de la figura de la gestión de servicio público se vean involucradas en la prestación de servicios públicos en beneficio de una colectividad. Al respecto, la Sala Constitucional (voto 3041-97 de las 16:00 hrs. del 3 de junio de 1997) ha destacado que la delegación de esa responsabilidad de administrar el sistema de acueductos y/o alcantarillados sanitarios, supone una clara "concesión" de gestión de servicio público, lo que desde un plano técnico del derecho administrativo no del todo correcto, en el entendido que una concesión (salvo los supuestos otorgados por la Asamblea Legislativa) presupone un procedimiento concursal, que con respecto a la ASADAS no se da. De manera que lo que resultaría posible sostener es que dichas agrupaciones presentan un autorización en la gestión del servicio, en cuanto administran por convenio con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados ese servicio público, se encuentran, de derecho, en una posición de poder respecto de los usuarios y ejercen, para ese fin, una serie de competencias y funciones públicas (Sala Constitucional, Voto N°2006-01651 de las dieciséis horas con treinta y nueve minutos del catorce de febrero del dos mil seis).

VI.- SOBRE LA INTANGIBILIDAD DE LOS ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHO: La nulidad o revocación de los actos declarativos de derechos, constituye una excepción calificada a la doctrina de la inderogabilidad de los actos propios y favorables para el administrado o del principio de intangibilidad de los actos propios, al que esta Sala especializada le ha conferido rango constitucional por derivar del ordinal treinta y cuatro de la Constitución Política (Ver sentencias Nos. 2186-94 de las 17:03 hrs. del 4 de mayo de 1994 y 899-95 de las 17:18 hrs. del 15 de febrero de 1995)-. La regla general es que la administración pública respectiva no puede anular un acto declaratorio de derechos para el administrado, siendo las excepciones la anulación o revisión de oficio y la revocación. Para ese efecto, la administración pública, como principio general, debe acudir, en calidad de parte actora y previa declaratoria de lesividad del acto a los intereses públicos, económicos o de otra índole, al proceso de lesividad, el cual se ha entendido, tradicionalmente, como una garantía para los administrados. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 897-98 del 11 de febrero de 1998 señaló que *"... a la Administración le está vedado suprimir por su propia acción aquellos actos que haya emitido confiriendo derechos subjetivos a los particulares. Así, los derechos subjetivos constituyen un límite respecto de las potestades de revocación (o modificación) de los actos administrativos, con el fin de poder exigir mayores garantías procedimentales. La Administración, al emitir un acto y con posterioridad al emanar otro contrario al primero, en menoscabo*

de derechos subjetivos, está desconociendo estos derechos, que a través del primer acto había concedido, sea por error o por cualquier otro motivo. Ello implica que la única vía que el Estado tiene para eliminar un acto suyo del ordenamiento es el proceso de jurisdiccional de lesividad, pues este proceso está concebido como una garantía procesal a favor del administrado, o bien, en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de ir contra los actos propios en la vía administrativa, en la hipótesis de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas, previo dictamen de la Contraloría General de la República y de la Procuraduría General de la República (como una garantía más a favor del administrado) y de conformidad con el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública. En consecuencia, si la Administración ha inobservado las reglas de estos procedimientos, o bien, las ha omitido del todo o en parte... el principio de los actos propios determina como efecto de dicha irregularidad la invalidez del acto.” A tenor del numeral ciento setenta y tres de la Ley General de la Administración Pública, un ente u órgano público bien puede anular en vía administrativa un acto declaratorio de derechos para el administrado pero lesivo para los intereses públicos o patrimoniales de la primera, sin necesidad de recurrir al proceso contencioso administrativo de lesividad cuando el mismo este viciado de una nulidad absoluta evidente y manifiesta. La nulidad absoluta evidente y manifiesta debe ser dictaminada, previa y favorablemente, por la Procuraduría o la Contraloría Generales de la República —acto preparatorio del acto anulatorio final—. Le corresponderá a la Contraloría cuando la nulidad verse sobre actos administrativos relacionados directamente con el proceso presupuestario o la contratación administrativa (Hacienda Pública). Ese dictamen es indispensable, a tal punto que esta Sala en el Voto No. 1563-91 de las 15 hrs. del 14 de agosto de 1991 estimó que “... Es evidente, entonces, que a partir de la vigencia de la Ley General de la Administración Pública, la competencia de anular en sede administrativa solamente puede ser admitida si se cumple con el deber de allegar un criterio experto y externo al órgano que va a dictar el acto final.” Se trata de un dictamen de carácter vinculante —del que no puede apartarse el órgano o ente consultante—, puesto que, el ordinal dos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece que es de acatamiento obligatorio, a través del cual se ejerce una suerte de control previo o preventivo de legalidad, en cuanto debe anteceder el acto final del procedimiento ordinario incoado para decretar la anulación oficiosa, que no riñe con ninguno de los grados de autonomía administrativa, por ser manifestación específica de la potestad de control inherente a la dirección intersubjetiva o tutela administrativa. Resulta lógico que tal dictamen debe ser favorable a la pretensión anulatoria de la administración consultante, y sobre todo que constate, positivamente, la gravedad y entidad de los vicios que justifican el ejercicio de la potestad de revisión o anulación oficiosa. La Administración pública respectiva está inhibida por el ordenamiento infra constitucional de determinar cuándo hay una nulidad evidente y manifiesta, puesto que, ese extremo le está reservado al órgano técnico-jurídico y consultivo denominado Procuraduría General de la República, como órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia. En los supuestos en que el dictamen debe ser vertido por la Contraloría General de la República, también, tiene naturaleza vinculante en virtud de lo dispuesto en artículo cuatro, párrafo in fine, de su Ley Orgánica No. 7428 del 7 de septiembre de 1994. Debe tenerse claridad que no cualquier grado de invalidez o nulidad autoriza a un ente u órgano público para decretar la anulación oficiosa de un acto administrativo declaratorio de derechos para un administrado, dado que, el ordenamiento jurídico

administrativo exige que concurren ciertas características o connotaciones específicas y agravadas que la califiquen. Lo evidente y manifiesto es lo que resulta patente, notorio, ostensible, palpable, claro, cierto y que no ofrece ningún margen de duda o que no requiere de un proceso o esfuerzo dialéctico o lógico de verificación para descubrirlo, precisamente, por su índole grosera y grave. En tal sentido, basta confrontar el acto administrativo con la norma legal o reglamentaria que le dan cobertura para arribar a tal conclusión, sin necesidad de hermenéutica o exégesis ninguna. Cuando la nulidad no reviste de tales características, la administración pública respectiva —autora del acto que se pretende anular o revisar—, de previo a la declaratoria de nulidad, debe abrir un procedimiento administrativo ordinario en el que se deben observar los principios y las garantías del debido proceso y de la defensa (artículo 173, párrafo 3°, de la Ley General de la Administración Pública), la justificación de observar ese procedimiento está en que el acto final puede suprimir un derecho subjetivo del administrado (artículo 308 ibidem). Sobre este punto, el artículo ciento ochenta y tres párrafo primero de la Ley General de la Administración Pública preceptúa que fuera de los casos previstos en el artículo la administración no podrá anular de oficio los actos declaratorios de derechos a favor del administrado y para obtener su eliminación deberá recurrir al contencioso de lesividad.

VII. SOBRE EL FONDO DEL PROCESO: Sostiene la actora que es poseedora de parte de la finca del partido de Puntarenas con número de Folio Real cincuenta y tres mil quinientos - cero cero cero, lo que de la constatación del elenco de hechos probados resulta un tema incuestionable, incluso carente de discusión desde el mismo expediente administrativo y las manifestaciones del representante del ente público en la audiencia de juicio. Vemos como, la Municipalidad de Corredores adquirió un bien en dicho cantón de la empresa Compañía Bananera Nacional, que posteriormente varió su nombre por el de Palmatica con el fin de desarrollar una serie de actividades públicas y distribuir el remanente dentro de un grupo de personas de escasos recursos dentro de los cuales se ubica la señora actora. Si bien la accionante sostiene que ese traspaso a favor del ente público se dio hace casi veinte años, la certificación presentada al efecto indica lo contrario, más ambas partes demandadas ubican en la corporación de derecho público la titularidad del bien. Dicho aspecto es relevante desde el tema de la legitimación pasiva como se verá pero será retomado de manera posterior. Conforme con la teoría del caso de la actora tiene derecho a que se inscriba parte de ese bien a su nombre, al haber ejercido la posesión de manera pública, pacífica, ininterrumpida y a título de dueña, sobre lo que deben realizarse varias aclaraciones. Es evidente que durante muchos años la señora Herrera Méndez ha poseído de manera pública y a título de dueña, pero la condición de pacífica e ininterrumpida resulta cuestionable. Sobre estos dos aspectos, véase como durante los últimos diez años la Corporación de derecho público ha realizado gestiones a la desocupación del bien, lo que ha sido contenido por la señora actora tanto con el uso de los instrumentos legales como de hecho, lo que impediría tener por cumplidos dichos requisitos. Por otro lado, la doctrina civil para reconocer la existencia de un derecho de propiedad en los términos que pretende la señora actora exige el denominado justo título, a saber la existencia de un acto traslativo que legitime la posesión reclamada. En este caso correspondería a un acto a título gratuito, que como es sabido se trata de un contrato formal y que no surte efectos hasta el momento en que se generó y se encuentra debidamente inscrito en el Registro Público. Situación

por demás compleja en la especie si consideramos que el bien ni siquiera se encuentra inscrito a nombre del ente público, lo que le impediría cualquier disposición. En dichos términos la pretensión debería ser rechazada sin mayores discusiones. Más a criterio de este Tribunal la medula del asunto no se sustenta en esos tópicos sino en la naturaleza del bien que se pretende adquirir. Se indicó que las Administraciones presentan dos tipos de bienes los dominicales y los fiscales. Como ya ha quedado evidenciado por diferente prueba, incluyendo la de la misma actora, el lote en consideración se encuentra a menos de doscientos metros del pozo de suministro de agua a la comunidad de La Cartonera, es decir no presenta la distancia ordenada por la Ley de Aguas en su canon treinta y uno. Se trata en efecto de doscientos metros alrededor de la zona de captación que se encuentran afectadas y como tales no se encuentran dentro del comercio de los hombres. Eso nos lleva a la necesaria consecuencia que las normas propias del derecho privado que invoca la actora en su beneficio no resultan de aplicación a la sub júdice. Dicho en pocas palabras, el bien que pretende adquirir la actora no puede ser objeto de prescripción positiva, en tanto está afectado de manera manifiesta y evidente al uso público de manera indirecta, en la medida que garantiza un servicio público fundamental como lo es el suministro de agua potable en la zona en consideración. Véase como todo orienta a pensar que la existencia del pozo es anterior a la adjudicación que fuera objeto la actora, lo que determina no solo que la ausencia de comercialización del bien no resulta intempestiva sino además que desde aquella data el bien no era posible de aplicarse la prescripción positiva. Se trata de aplicar las normas propias del derecho privado a un inmueble que reviste características diametralmente opuestas. Lo que sin mayores cuestionamientos obliga la existencia de una falta de derecho que debe ser declarada. Durante el juicio oral y público la actora pretendió acreditar que existían otras personas más cerca del pozo que no habían sido objeto de molestias por parte del ente público, lo que de alguna manera determinaría una especie de trato discriminatorio, argumento que sin mayores cuestionamientos debemos rechazar. Es una obligación del ente público menor recuperar todos los terrenos que se encuentren dentro del radio del pozo por la razones ya vertidas, sea a la actora y cualquier otra persona, si ha existido inercia en el cumplimiento de las obligaciones legales frente a otras personas ubicadas en el inmueble, es una situación reprochable que bien puede derivar en responsabilidad civil, disciplinaria y hasta penal de los funcionarios involucrados (incluyendo al mismo alcalde) que no han cumplido con su deber legal, más eso no permite que se genere un derecho alguno a favor de la señora accionante. Se trataría de pretender generar un derecho a partir de una acción ilícita y contraria al ordenamiento que de manera alguna puede ser aceptada por este órgano jurisdiccional. No sobra indicar que para la Cámara no es posible justificar como ha transcurrido tanto tiempo sin que se hubieran adoptado los procedimientos legales pese a la claridad de la resolución del jerarca impropio, lo que en su momento fue advertido por la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Así el actuar del ente público menor de cumplir con sus obligaciones se torna ante todo en una postura contraria al derecho público, que como tal nos corresponde repudiar. También procuró evidenciar la señora Herrera Sánchez que se habían adoptado las medidas preventivas para evitar una posible contaminación del pozo, situación que se había presentado en su oportunidad pero que se había suprimido a partir de las medidas correctivas, lo que haría lícita su posesión. Al respecto conforme se explicó de manera detallada en los considerandos cuarto y quinto de esta resolución, el tema del agua potable es referente a aspectos

ambientales y se encuentra cubierto por una serie de principios que le resultan propios. En dicho marco, el principio protector y el pro natura, sin perjuicio del estudio previo, determinan que aún cuando no exista daño alguno, el solo peligro de la existencia de este, genera que el terreno en consideración no puede salir de manos gubernamentales, toda vez que no es posible en esta materia correr riesgos innecesarios en tanto los peligros pueden afectar a considerable cantidad de personas. Amén de que la norma de la Ley de Aguas resulta imperativa, de orden público e imposible de otorgar una interpretación como la parte lo pretende que cumplido el fin es posible incumplir la letra de la norma positiva en su beneficio. Por el contrario, el fin permitiría que en condiciones especiales el diámetro de retiro pudiera ser mayor, pero la letra de la disposición obliga a la protección mínima de los metros ya señalados. De esa manera, ese argumento también debe ser rechazado. Por último, invocó la actora no presentar condiciones económicas para construir su casa nuevamente, lo que le generaría un grave perjuicio. Está acreditado en el expediente que la Municipalidad ha procurado corregir la situación, otorgándole a la actora otro lote dentro de la comunidad, el cual no reúne el interés de esta (pese a haberlo aceptado y estar inscrito a su nombre) en tanto ya realizó una construcción en el inmueble objeto de disputa y representarle una mayor distancia con respecto a la madre de la accionante quien le colabora con el cuidado de los hijos de esta. Al respecto, el Tribunal debe resultar más que enfático en señalar que el ente público lo que pretendió otorgar originalmente fue un lote, no una casa; igualmente, si la corporación pretendía mitigar las condiciones de pobreza en la zona nada le obliga a otorgar el bien en las condiciones que mejor se acomodan a los intereses de la actora. Resulta una situación lamentable que casualmente se otorgaran varios lotes en la comunidad, donde algunos de ellos no se ven afectados por la prohibición legal y otros sí (el relación directa del mencionado pozo), estando en este último supuesto el caso de la señora accionante; empero la corporación territorial no se encuentra obligada a otorgar el bien en las condiciones que pretende interesada, sino con respecto a aquellas que técnicamente resulten procedentes, lo que lleva incluido el respeto de los bienes demaniales que pudieran verse involucrados. Hasta este momento nos hemos referido a la pretensión de generar una prescripción adquisitiva, siendo imperativo considerar las restantes. La segunda solicitud deducida se orienta a pedir la inscripción del bien base del conflicto a favor de la actora, es decir corresponde a un requerimiento de naturaleza subsidiaria, que al haberse rechazado la anterior, la presente debe seguir la misma suerte. La inscripción a final de cuentas depende de la constitución de la usucapión ya considerada y rechazada, al no existir esta no es posible inscripción alguna ante el Registro Público. Por último, la pretensión indemnizatoria tiene sustento, por verse limitada en servicios públicos básicos por no haberse inscrito la finca a su nombre en virtud de la oposición de las demandadas. En cuanto a la restricción de los servicios públicos véase como la construcción adoptada por la actora no existe un solo elemento de convicción que evidencie la licitud de esta, pues todo indica lo contrario, lo que prima facie llevaría a la necesaria consecuencia de su rechazo. Por otro lado, la carencia de inscripción se sustenta ante la imposibilidad legal, volviendo nuevamente a solicitarse un aspecto en contraposición del ordenamiento legal. De manera que la carencia de derecho le resulta aplicable a esa solicitud. A manera de conclusión es posible asegurar que la pretensión expuesta por la actora es contraria al derecho, debiendo ser rechazada en su integridad, como en efecto se dispone. El Tribunal se siente en la obligación de realizar algunas

aclaraciones a lo dispuesto. Según se ha señalado anteriormente, pese al rechazo de la demanda, se torna incontrovertible la existencia de un acto declarativo de derechos a favor de la señora actora, vigente a la fecha, que al margen de su ilicitud o conformidad con el ordenamiento continua a la fecha generando efectos jurídicos. Si bien se argumentó en el juicio oral y público que ese acto había sido revocado, lo cierto es que la Sección Tercera de este Tribunal anuló dicha revocatoria y procuró reorientar el actuar administrativo, lo que pese a la claridad de lo dispuesto no ha sido cumplido por el ente público menor. Frente a dicho actuar administrativo, la conducta de la accionante se torna de buena fe y amparado al principio de confianza legítima, en tanto no le ha sido revocado el derecho constituido a su favor. La ley resulta incontrovertible de cuál es el procedimiento para anular dicho acto o revocarlo según corresponda, lo que en efecto debe disponerse siguiendo exclusivamente el trámite legal. De esa manera cualquier gestión intempestiva o sin seguir ese trámite se torna ilegítima e ilegal; de manera que no es un trámite viable. Consideramos necesario advertir esa situación a fin de no propiciar la generación de una conducta contraria al ordenamiento jurídico.

VIII. SOBRE LAS EXCEPCIONES INVOCADAS: La demandada Compañía Palmatica interpuso la excepción de falta de legitimación pasiva, sustentada en que el bien base del conflicto no es de su propiedad. Como quedó evidenciado dicha venta se produjo efectivamente, más no se encuentra inscrita. De manera que la señora Herrera Méndez estaba llamada a presentar su demanda contra esa empresa también a fin de tener debidamente integrada la litis. La consideración de la procedencia de la demanda por el fondo, es un tema a considerar hasta en sentencia. Generando el rechazo la excepción presentada. Por su parte, con respecto a la excepción de falta de derecho, como se ha indicado la actora pretende una solicitud que no corresponde a lo regulado por el ordenamiento, de suerte que debe acogerse y declarar sin lugar la demanda en todos sus extremos.”

ⁱ Asamblea Legislativa. Ley 276 del 27/08/1942. Ley de Aguas. Fecha de vigencia desde 27/08/1942. Colección de leyes y decretos: Año: 1942. Semestre: 2. Tomo: 2. Página: 144.

ⁱⁱ Sentencia: 00206 Expediente: 08-000028-0163-CA Fecha: 08/04/2013 Hora: 4:30:00 PM Emitido por: Tribunal de Apelación Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00075 Expediente: 06-000950-0163-CA Fecha: 12/08/2011 Hora: 11:10:00 AM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II.

^{iv} Sentencia: 00213 Expediente: 09-000162-0507-AG Fecha: 08/03/2011 Hora: 3:10:00 PM Emitido por: Tribunal Agrario.

^v Sentencia: 00199 Expediente: 04-001271-0163-CA Fecha: 04/02/2010 Hora: 3:30:00 PM Emitido por: Sala Primera de la Corte.

^{vi} Sentencia: 00573 Expediente: 03-000380-0163-CA Fecha: 25/11/2005 Hora: 11:20:00 AM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección II.

^{vii} Sentencia: 00041 Expediente: 10-000042-0419-AG Fecha: 30/04/2013 Hora: 4:15:00
PM Emitido por: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV.