

Perímetros de protección en pozos de agua para consumo humano en Costa Rica: Análisis de dos casos, a la luz de violaciones al principio de reserva de ley

Álvaro Sagot Rodríguez¹

“La ley de aguas española, entrándose de pozos ordinarios, establece una zona de protección de dos metros en los pueblos y de quince metros en el campo; si se tratare de pozos artesianos, la zona de protección es de quince metros; respecto a esta última categoría de pozos la legislación peruana amplía a doscientos metros la zona de protección. Como la seguridad de que se desea rodear al pozo existente, depende en gran parte de la amplitud de la zona de protección que se fije, estimo que ésta debe ser lo más extensa posible...”

Miguel S. Marienhoff

I. Introducción

La observancia transparente y férrea del principio de reserva de ley², es vital para cualquier Estado que se precie ser uno Social de Derecho. La aplicación de este principio genera seguridad jurídica y desarrollo sustentable inclusivo³, que considera no solo la presente generación, sino a las futuras y al resto de la biodiversidad. El efecto de espejo

¹ Abogado, máster en Derecho Ambiental por la Universidad del País Vasco. Académico en Universidad Nacional de Costa Rica (UNA) en la Escuela de Ciencias Ambientales y en la maestría en Desarrollo Sostenible de la Universidad de Costa Rica (UCR). Profesor en la Maestría de Derecho Ambiental de la Universidad del País Vasco, España. asagotr@racsa.co.cr

² Ernesto Jinésta Lobo (2002) nos define el principio de reserva de ley de la siguiente manera: *“Principio de legalidad -juridicidad o reserva de ley: Este es quizá, el principio general del Derecho Administrativo de más rancio abolengo y de invocación más usual. De acuerdo con este principio, toda actuación o conducta de la administración pública (actos administrativos, actuaciones materiales y servicios públicos) deben estar autorizados por el ordenamiento jurídico de forma expresa o razonablemente implícita... Se trata de un principio que le imprime cierta rigidez a la función o actuación administrativa, puesto que, debe haber una norma -escrita o no escrita- previa que habilite a la respectiva administración pública a actuar...”*

³ Para mayor abundamiento sobre el desarrollo sustentable inclusivo, ver obra del autor El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional.

entre la legalidad y la defensa ambiental deben ser el norte que marque la hoja de ruta del nuevo mañana que nos acerca a materializar un Estado Ambiental⁴ de Derecho⁵.

El principio de reserva de ley nos señala que cuando existen normas claras y objetivas, no es viable legal, ni constitucionalmente⁶, que las Administraciones Públicas dejen de considerarlas a la hora de tomar decisiones y menos ello sería válido si al obviarlas se descuidan bienes estratégicos de interés público, o peor aún, si se transgreden derechos humanos fundamentales, como podría ser el acceso en cantidad y calidad del agua que tenemos las personas.

⁴ El abogado colombiano Gregorio Mesa Cuadros nos enmarca el Estado Ambiental de Derecho de la siguiente manera: *“El Estado ambiental de Derecho deberá ser entonces y necesariamente un Estado constitucional social y democrático de derecho que incorpora además una visión transtemporal de los derechos humanos, ya que se suele afirmar que un Estado es democrático cuando deciden las mayorías, pero en ese mismo sentido se podría afirmar siguiendo a Serrano Moreno (1997) que un Estado tiene legitimidad ambiental si en sus decisiones la mayoría tiene en cuenta los intereses y derechos no sólo de todas y todos lo que hacen parte de la actual generación sino, por supuesto, también los de las futuras generaciones, pues la legitimidad ecológica es compatible con la democrática si y solo si las generaciones futuras co-deciden; un contrato social es democrático cuando establece la regla de las mayorías, pero para la obtención de la legitimidad ecológica o ambiental, el “nuevo pacto” constituyente necesita además la consideración de los intereses de las generaciones futuras”*.

⁵ El abogado peruano Eliseo Talancha Crespo nos señala: *“La crisis ambiental que sufren los países del mundo exige la transformación del Estado para dar paso a una nueva organización jurídica de la comunidad: el Estado Ambiental de Derecho que, bajo los principios de solidaridad y equidad intergeneracional, reoriente sus funciones y objetivos hacia la real y efectiva vigencia de los derechos ambientales en el marco de una sociedad ambientalmente sostenible. Las formas tradicionales de Estado Social o Estado de Derecho vienen colapsando por la incapacidad de controlar el cambio climático, la destrucción de la capa de ozono, la contaminación, la pérdida de la biodiversidad y otros problemas ambientales globales que están poniendo en peligro la continuidad de la existencia de la comunidad y del propio Estado...”*

⁶ La Sala Constitucional ha desarrollado este principio de Reserva de la Ley al decir: *“ a) En primer lugar, el principio mismo de reserva de ley, del cual resulta que solamente mediante una ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución Política para la emisión de leyes es posible regular y, en su caso restringir los derechos y libertades fundamentales. Todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables; b) En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”; y c) En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos y otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial; d) finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley...”* (Voto constitucional No. 1996-3550)

En el presente artículo abordaremos el tema de la vulneración, por parte de las Administraciones Públicas, a los perímetros de protección de pozos definidos por ley que abastecen de agua a comunidades, pero que lamentablemente, por desidia de ciertos funcionarios de todos los rangos, han generado conflictos socio ambientales, donde el Poder Ejecutivo ha emitido conductas administrativas que más parecen actuar protegiendo proyectos relacionados con visiones antropocéntricas economicistas, que al agua y espacios vitales, que traerían beneficios incluso a gente que aún no ha nacido.

II Protección de las aguas subterráneas en el Ordenamiento Jurídico costarricense.

En Costa Rica, existen varias normas que regulan las aguas subterráneas y le otorgan una especial protección. Por ejemplo, en la Ley⁷ de Creación del Servicio Nacional de aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (SENARA) se señala que esa dependencia tiene como objetivo el procurar el abastecimiento justo y equitativo de las aguas superficiales y subterráneas. De hecho el SENARA ha resultado ser, en muchos casos, una institución importantísima en cuanto a la gestión integral del recurso hídrico, llegando la Sala Constitucional a señalar que sus dictámenes y pronunciamientos son totalmente vinculantes para el resto de las Administraciones Públicas⁸.

Por su parte, en el en su artículo 94, del Reglamento de la Ley Forestal⁹ se señala que será la Administración Forestal del Estado (Ministerio de Ambiente y Energía,

⁷ Ley No. 6877 de 18 de julio de 1983.

⁸ En el voto constitucional N° 2009-00262, la Sala dispuso, otorgando total vinculatoriedad a los criterios de SENARA, lo siguiente: “XVII.- (...) De tal forma, la integración de las normas de reciente cita informa que para el aprovechamiento de las aguas de dominio público, toda entidad pública –sin distingo- tiene la obligación de obtener del SENARA el permiso correspondiente, al punto que las decisiones que de manera fundamentada adopte el SENARA en cuanto a ello, serán definitivas y de acatamiento obligatorio. Esta definición dista de ser una manifestación retórica de la Sala; por el contrario, la misma deviene de la responsable integración del amplio marco normativo que regula la materia, que, como se dijo, requiere del progresivo avance y reconocimiento propio del ámbito de los derechos humanos, toda vez que el derecho al agua y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado son derechos humanos fundamentales. La Sala advierte que esta precisión sitúa al SENARA en una posición particularmente relevante en cuanto a la gestión del recurso hídrico nacional, lo cual resulta importante considerando la naturaleza eminentemente técnica de esta dependencia administrativa, posición que debe ser reforzada y ejercida mediante la necesaria y debida coordinación interinstitucional de las diferentes entidades involucradas –ICAA, SETENA, MAG, Municipalidades, entre otras-. En este sentido, pretender ejecutar proyectos de extracción y explotación del recurso hídrico sin la debida autorización y vinculación del SENARA, resulta ser violatorio de las previsiones normativas de protección al ambiente, pues se carecería de los insumos técnicos necesarios que dictaminen la disponibilidad y posibilidad de aprovechamiento de las aguas de dominio público.”

⁹ Decreto Ejecutivo No. 25721-MINAE de 17 de octubre de 1996. Publicado en La Gaceta No. 16 de 23 de enero de 1997

MINAE) quien deberá hacer los estudios necesarios para disponer las declaratorias de sitios de recarga acuífera, que a la postre definirán áreas de protección de bosque y los tubos de flujo que contienen las aguas de los acuíferos; siendo esta, una labor fundamental para poder determinar desde la ciencia y la técnica su protección y necesidad de ampliación de los perímetros que salvaguardarán las fuentes.

En el Reglamento General sobre Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental y en el Manual de Instrumentos Técnicos para el Proceso de Evaluación de Impacto Ambiental¹⁰, así como en el Reglamento para la Elaboración de Revisión y Oficialización de las Guías Ambientales¹¹ entre otros, encontramos diferentes referencias a considerar y ponderar, para cuando de proyectos que podrían impactar las aguas subterráneas estemos hablando; lo cual, evidencia que el principio precautorio¹² y el de objetivación¹³ siempre deben estar presentes antes de adoptar decisiones vinculadas a las aguas subterráneas. Incluso, tenemos un Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Explotación y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas¹⁴ que regula los pozos, así como los procedimientos a seguir para obtener las concesiones de parte de la Dirección de Agua del MINAE, todo lo cual nos lleva a afirmar que nuestras aguas subterráneas están bien cubiertas en varios frentes normativos.

Asimismo, teniendo claro lo anterior, debemos irnos también a un aspecto que es vital y es el cómo se deben interpretar las disposiciones legales anteriores y la respuesta inicial, siempre dentro del encuadre normativo positivo, lo encontramos en la Constitución Política que en el artículo 21¹⁵ que nos refiere al derecho a la vida y consecuentemente a la

¹⁰ Decreto Ejecutivo No. 31849-MINAE-S-MOPT-MAG-MEIC de 24 de mayo del 2004. Publicado en La Gaceta No. 125 de 28 de junio del 2004.

¹¹ Decreto Ejecutivo No. 34522-MINAE de 26 de marzo del 2008. Publicado en La Gaceta No. 115 de 16 de junio del 2008.

¹² La Sala Constitucional ha señalado sobre lo precautorio: “... *el Estudio de Impacto Ambiental previo constituye el instrumento técnico idóneo para cumplir el principio precautorio que rige la materia ambiental, razón por la cual, prescindir de él implica omitir la prevención debida tratándose de la intervención humana en el medio...*” (Voto: 6322-03)

¹³ Los magistrados constitucionales han expuesto sobre la objetivación: “*2-De la objetivación de la tutela ambiental: ...se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general –tanto legales como reglamentarias, de donde se deriva la exigencia de la “vinculación a la ciencia y a la técnica”, con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia*” (Voto: 2006-17126)

¹⁴ Decreto Ejecutivo No. 35884-MINAET de 7 de marzo del 2010. Publicado en La Gaceta No. 88 de 7 de mayo del 2010.

¹⁵ Artículo 21.- “La vida humana es inviolable”.

salud y por supuesto, que también está en el ordinal 50¹⁶, que señala el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Por supuesto, que también la Ley Orgánica del Ambiente¹⁷ (LOA), debe ser observada, dado que esta nos señala que el agua -sin distinción si es o no subterránea- es de dominio público y que su uso sostenible, es de interés social, tal y como lo desarrolla el artículo 50¹⁸ de ese mismo cuerpo legal. Posteriormente, en los numerales también de la LOA 51¹⁹ y 52²⁰ se señalan los criterios de valoración para su conservación y uso sostenible, que por supuesto deben ser integrados a lo dispuesto en la Ley de la Biodiversidad²¹, en el numeral 11²², que nos ata a la aplicación de lo preventivo y lo

¹⁶ Artículo 50: “...*Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.*”

¹⁷ Ley No. 7554 de 4 de octubre de 1996. Publicada en La Gaceta No. 215 de 13 de noviembre de 1995.

¹⁸ La norma 50 de la LOA expone: “*El agua es de dominio público, su conservación y uso sostenible son de interés social*”

¹⁹ El numeral 51 de la LOA señala: “*Para la conservación y el uso sostenible del agua, deben aplicarse, entre otros los siguientes criterios: a) Proteger, conservar y en lo posible, recuperar los ecosistemas acuáticos y los elementos que intervienen en el ciclo hidrológico. b) Proteger los ecosistemas que permiten regular el régimen hídrico. c) Mantener el equilibrio del sistema agua, protegiendo cada uno de los componentes de las cuencas hidrográficas.*”

²⁰ Por su parte el ordinal 52 dice: “*Aplicación de criterios. Los criterios mencionados en el artículo anterior, deben aplicarse: a) En la elaboración y la ejecución de cualquier ordenamiento del recurso hídrico. b) En el otorgamiento de concesiones y permisos para aprovechar cualquier componente del régimen hídrico. c) En el otorgamiento de autorizaciones para la desviación, el trasvase o la modificación de cauces. d) En la operación y la administración de los sistemas, de agua potable, la recolección, la evacuación y la disposición final de aguas residuales o de desecho, que sirvan a centros de población industriales.*”

²¹ Ley No. 7788 de 30 abril de 1998. Publicado en La Gaceta No. 101 de 27 de mayo de 1998.

²² El artículo 11 de la Ley de la Biodiversidad señala: “*Son criterios para aplicar esta ley: 1.- Criterio preventivo: Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas. 2.- Criterio precautorio o indubio pro natura: Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección. 3.- Criterio de interés público ambiental: El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos. 4.- Criterio de integración: La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad deberán incorporarse a los planes, los programas, las actividades y estrategias sectoriales e intersectoriales, para los efectos de que se integren al proceso de desarrollo.*”

precautorio, así como a la integración de variables y sobre todo, declara tácitamente su defensa, por un asunto de interés público, que siempre debe prevalecer en la toma de decisiones respecto a este tema.

Para mayores criterios de interpretación, tenemos que en la Ley General de Salud²³, se dispone en el artículo 264, lo siguiente: “*El agua constituye un bien de utilidad pública y su utilización para el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.*” También se señala en el artículo 275 -de esta ley- que queda prohibido contaminar “... *las aguas superficiales, subterráneas y marítimas territoriales, directa o indirectamente...*”; conllevando ello una obligación expresa y positiva de no generar daño al recurso hídrico.

En la jurisprudencia constitucional existen reiterados votos importantísimos sobre la protección de las aguas subterráneas, que suman a los criterios legales expuestos de interpretación, donde destaca la sentencia número 1923-2004, de las catorce horas cincuenta y cinco minutos del veinticinco de febrero de 2004, que al respecto manifestó:

”...El tema de las aguas subterráneas se encuentra íntimamente ligado a varios derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional e instrumentos internacionales de derecho humanos. Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, enuncia el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el cual se logra, entre otros factores, a través de la protección y conservación del agua para consumo y uso humano y para mantener el equilibrio ecológico en los hábitat de la flora y la fauna y, en general, de la biosfera como patrimonio común de la humanidad. Del mismo modo, el acceso al agua potable asegura los derechos a la vida – “sin agua no hay vida posible” afirma la Carta del Agua aprobada por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968 -, a la salud de las personas – indispensable para alimento, bebida e higiene – (artículo 21 de la Constitución Política) y, desde luego, está asociada al desarrollo y crecimiento socio-económico de los pueblos para asegurarle a cada individuo un bienestar y una calidad de vida dignos (artículo 33 de la Constitución Política y 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La escasez, la falta de acceso o disponibilidad y la contaminación de ese líquido preciado provocan el empobrecimiento de los pueblos y limita el desarrollo social en grandes proporciones. Consecuentemente la protección y explotación de los reservorios de aguas subterráneas es una obligación estratégica para preservar la vida y la salud de los seres humanos y, desde luego, para el adecuado desarrollo de cualquier pueblo. (...) En otro orden de ideas, actualmente, se ha reconocido el deber de preservar, para las generaciones futuras, una condiciones de existencia al menos iguales a las heredadas (desarrollo sostenible), por lo que las necesidades del presente deben ser satisfechas sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para hacerlo con los propios (Principio 2 de la Declaración de la

²³ Ley No. 5395 de 30 de octubre de 1973. Publicada en La Ga.ceta No. 222 de 24 de noviembre de 1973

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 1972). En esencia, el agua, desde un punto de vista económico y ecológico, es un bien preciado, puesto que es indispensable para cualquier actividad humana (industrial, agrícola, doméstica, comercial, servicios, etc.), como fuente de energía, materia prima, vía de transporte, soporte de actividades recreativas y elemento constitutivo para el mantenimiento de los ecosistemas naturales...”

Sobre el desprecio de algunas personas irresponsables por nuestro entorno, la biodiversidad y las aguas subterráneas, han señalado los magistrados constitucionales:

“La preocupación por los recursos naturales y por un desarrollo armónico a largo plazo ha sido un elemento reiterado en la evolución histórica de nuestro país desde el siglo pasado. Tradicionalmente se ha sostenido que Costa Rica es un Estado de Derecho y es quizás por esta razón que exista la tendencia a pretender resolver todos los problemas con la promulgación de leyes y normas de otro rango. Sin embargo, dentro de nuestro entorno cultural, las leyes por sí solas han resultado evidentemente insuficientes para garantizar la conservación de los recursos naturales y asegurar un desarrollo sostenible futuro, por ello es indispensable que la norma jurídica tenga no solo un respaldo técnico, sino que, de hecho, se asuman responsabilidades individuales y colectivas respecto al cumplimiento de dicha normativa en los diferentes niveles e instancias que corresponda. Hasta la década de 1970, la preocupación por el medio ambiente se mantuvo en un nivel bajo, con variantes en ciertos sectores, situación que se reflejó en nuestra legislación; no obstante, a partir de ese año, con el despertar de la conciencia ambiental global, Costa Rica empezó a inquietarse. Nuestro país ha dependido y seguirá dependiendo, al igual que cualquier otra nación, de sus recursos naturales y su medio ambiente para llenar las necesidades básicas de sus habitantes y mantener operando el aparato productivo que sustenta la economía nacional, cuya principal fuente la constituye la agricultura y, en los últimos años, el turismo, especialmente en su dimensión de ecoturismo. El suelo, el agua, el aire, los recursos marinos y costeros, los bosques, la diversidad biológica, los recursos minerales y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas -como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación- serían imposibles. De igual modo, nuestra economía también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales; así, por ejemplo, tanto la generación de divisas por explotación agrícola y turística, como el éxito de importantes inversiones en infraestructura dependen, en última instancia, de la conservación de aquellos. Las metas del desarrollo sostenible tienen que ver con la supervivencia y el bienestar del ser humano y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales, es decir, de la calidad ambiental y de la sobrevivencia de las otras especies. Hablar de desarrollo sostenible en términos de satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida es hablar de la demanda de los recursos naturales a nivel individual y de los medios directos o de apoyo necesarios para que la economía funcione generando

empleo y creando los bienes de capital, que a su vez hagan posible la transformación de los recursos en productos de consumo, de producción y de exportación. En todo proceso de producción es necesario transformar y procesar recursos y, a su vez, transportarlos hasta los centros de consumo, todo lo cual significa un costo energético y ambiental. Asimismo, el proceso productivo no sólo requiere de recursos naturales para mantenerse, sino que genera desechos y contaminación de muy variada índole como, por ejemplo, los desechos sólidos o emanaciones que contaminen el aire o el agua. Es evidente que el hombre con su poderío tecnológico ha logrado controlar y alterar notablemente su entorno y ha sometido el resto de las especies a su dominio. Empero, desde la revolución industrial -y en una forma significativamente más acelerada a partir de la segunda guerra mundial-, el crecimiento exponencial de la población y las tendencias también exponenciales de la economía han incrementado el nivel de intervención del hombre en el planeta destruyendo hábitats, alterando y contaminando los ciclos vitales del medio ambiente y exterminando especies vivientes. El acelerado deterioro del medio en las últimas décadas, los costos enormes de las medidas correctivas, no siempre efectivas, y los plazos necesarios, por ejemplo, para la recuperación de una cuenca o de un bosque natural talado, o de un manto de agua subterráneo contaminado, son signos inequívocos del abuso de los recursos naturales y del impacto negativo de la especie humana sobre un mundo limitado...” (Voto No. 1993-3705)

En relación con la importancia de las aguas subterráneas expusieron en la Sala Constitucional:

“Las aguas subterráneas son parte esencial del ciclo hidrológico, así del total del agua de la hidrosfera el 2,4% es agua dulce, de esta un 78,1% se encuentra congelada, un 21,5% corresponde a las aguas subterráneas y un 0,4% son superficiales que se encuentran en ríos y lagos. En la región centroamericana la principal fuente de abastecimiento público son las aguas subterráneas, frente a las superficiales que están notablemente expuestas a su contaminación y degradación por las nocivas prácticas del uso de la tierra y la expansión urbana descontrolada. Para el caso particular de nuestro país se ha estimado que la recarga potencial anual de aguas subterráneas es de aproximadamente 47 000 millones de metros cúbicos por año, lo que significa un 20% de la precipitación, igualmente se ha calculado que de los 750 000 metros cúbicos de agua diarios para consumo humano que se utilizan, un 70% (500 000 metros cúbicos por día) provienen de captaciones de aguas subterráneas. El consumo y uso de las aguas subterráneas, respecto de las superficiales, presenta ventajas cualitativas y cuantitativas evidentes y claras como las siguientes: a) La inversión para la extracción y explotación de las aguas subterráneas potables se realiza en forma gradual dependiendo del aumento de la demanda del servicio y las áreas de captación pueden ser ubicadas cerca del lugar donde se produce la demanda, todo lo cual reduce los costos de conducción, tratamiento y almacenamiento; b) la calidad físico-química natural de las aguas subterráneas es más

constante que las superficiales y es potable con poco o ningún tratamiento; c) al existir suelo o rocas por sobre las aguas subterráneas se encuentran más protegidas de la contaminación de origen natural o humano; d) las variaciones en cantidad y disponibilidad en épocas secas o de precipitación pluvial son mínimas comparadas con las de las aguas superficiales; e) constituyen una reserva estratégica para hacerle frente a estados de emergencia por calamidad pública, conmoción interna (v. gr. terremotos, huracanes, erupciones volcánicas, etc.) o guerra.” (Voto No. 2004-01923)

Como podemos leer, en principio y expresamente las aguas subterráneas, tienen un amplio tratamiento por parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, llegándose a interpretar por nuestros máximos jueces constitucionales, que definitivamente su protección es vital al ser un bien estratégico del cual dependemos nosotros, así como el resto de la biodiversidad de este planeta; sea, que su defensa apareja una que lleva a garantizar la observancia de derechos humanos fundamentales de primera generación²⁴.

Como síntesis jurisprudencial de lo señalado, recordemos que los magistrados constitucionales expusieron desde 1999:

“... El principio de protección del medio ambiente no es una recomendación o una intención que da la Constitución, sino que, por lo contrario, es un derecho de aplicación inmediata, por lo que existe una obligación por parte de los organismos gubernamentales de vigilar porque se cumplan las disposiciones legales que tiendan a proteger el medio ambiente...” (Voto 132-99)

En cuanto a la interpretación, desde la perspectiva doctrinal, tenemos que por ejemplo Peña (2014)²⁵ nos señala “... GONZÁLEZ BALLAR afirma que la interpretación expansiva en el derecho ambiental tiene su importancia ante los bienes jurídicos con los que tratamos, el equilibrio de los ecosistemas y la salud, el bienestar o el buen vivir de la Pacha Mama. Esto implica recordar la amplitud del criterio de bloque de legalidad ambiental y la necesidad de romper - ampliar - los criterios clásicos de la interpretación jurídica. El derecho ambiental posee un carácter finalista. Dentro de sus objetivos se encuentra la tutela de bienes jurídicos del más alto rango, básicos, esenciales e indispensables como lo son la vida, la salud y el equilibrio ecológico, a través de normas

²⁴ Mario Peña nos señala al respecto, en su obra, Gestión Integrada del Recurso Hídrico en la Legislación Costarricense: “Dentro de la clasificación histórica de los Derechos Humanos, el derecho al acceso al agua formaría parte de los Derechos Humanos de primera generación por ser anterior a la formación del mismo Estado, y por tratarse de un derecho intrínseco a la naturaleza humana, por lo que la función gubernamental deviene únicamente en reconocerlo y regularlo. Por su parte, el derecho a la acción pública en protección del agua es posterior al establecimiento del Estado, y por tanto se ejerce frente a éste, por lo que necesita de su plena intervención para su debida implementación y protección, visto de esta perspectiva compartiría características con los derechos económicos, sociales y culturales, y con los derechos de la solidaridad.”

²⁵ Mario Peña en su artículo: Aplicaciones de la regla de la norma más favorable en el derecho ambiental.

jurídicas que buscan "proteger más y contaminar menos", o sea, "aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación", por medio de un uso racional de los recursos naturales con la finalidad de satisfacer las necesidades de las actuales y futuras generaciones. Esos mismos criterios que permiten sustentar la idea de interpretación extensiva, facultan a la vez, a flexibilizar la jerarquía de las fuentes del derecho ambiental, en virtud de que lo esencial para el operador jurídico es satisfacer el interés público ambiental, sea el deber de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, independientemente del rango de la fuente a aplicar para lograr darle la mejor solución al problema o conflicto acaecido.

Es claro, con lo anterior, que el doctrinario Peña considera que es fundamental en toda interpretación aplicar el principio "*pro homine*"²⁶ pues este vincula al juzgador de situaciones ambientales a tener que atarse a lo más favorable al beneficio de las personas y a la biodiversidad; incluso, de ser necesario, rompiendo con la observancia de la jerarquía tradicional de las normas, en tanto somos parte de un gran ecosistema a preservar, donde todas las partes son vitales para mantener un equilibrio.

Como apreciamos, tenemos que siguiendo integralmente la normativa, la jurisprudencia y la doctrina, todo se inclina a darle relevancia a la protección de los mantos acuíferos, pues a la postre de estos depende en gran parte nuestra supervivencia.

Partiendo de lo anterior, en la sección siguiente delimitaremos el tema a lo que son los perímetros de protección de pozos en nuestro Estado.

III Perímetros de protección de pozos

Existen en Costa Rica diferentes perímetros que deben ser resguardados como zonas de protección.

Los perímetros se emplean desde la perspectiva legal y técnica, como instrumentos que regulan el uso del suelo y restringen actividades a efecto de proteger las aguas superficiales y subterráneas en cuanto a su calidad, cantidad y por supuesto que continuidad; aspectos todos ellos vitales en una gestión integral del recurso hídrico.

Nuestra Sala Constitucional ha definido sobre los perímetros:

²⁶ Peña señala sobre el principio "*pro Homine*": "... a raíz del criterio hermenéutico "*pro homine*" derivado del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, le está permitido al operador jurídico integrar e interpretar la garantía constitucional del artículo 50 a la luz de instrumentos del derecho internacional no vinculantes, tales como declaraciones de principios de las Naciones Unidas o bien, resoluciones o recomendaciones de organismos y agencias internacionales ambientales y de derechos humanos, como por ejemplo el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y la Organización Internacional del Trabajo, en el tanto otorguen mayor protección a los derechos fundamentales de las personas. De esta forma, documentos en principio no obligatorios, se posicionan como fuentes formales y adquieren el rango de la norma que integran o interpretan."

*“Tipos de medidas para aplicar el principio preventivo y precautorio en protección de los acuíferos: “ 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.

b) *Declaración de acuífero sobreexplotado:* La sobreexplotación de un acuífero sobreviene cuando las extracciones o aprovechamientos son tan intensivos –descarga- y fuertes que superan los volúmenes de la recarga, con lo que las reservas de agua del acuífero se disminuyen progresivamente y se degradan. La sobreexplotación provoca nefastos efectos económicos y naturales; entre los primeros, los usuarios pueden experimentar el encarecimiento de los costos de extracción –más energía para hacer fluir las mismas cantidades de agua o gastos para reprofundizar un pozo para alcanzar el nivel de agua-, agotamiento de los pozos ubicados en la zonas periféricas del acuífero y en las de mayor concentración de perforaciones; entre los efectos de carácter natural, está la merma en los caudales de aguas en manantiales, ríos, arroyos, quebradas, lagunas, lagos y humedales con lo que se pone en peligro la existencia de éstos y la afectación de la capacidad de las formaciones geológicas – acuíferos – para almacenar agua al disminuir el espacio intersticial en las rocas por falta de la presión interior que aporta el agua, la subsidencia del terreno por compactación, con alteración del acuífero, aparición de grietas y corrimiento de laderas. En la hipótesis de la sobreexplotación del acuífero, la autoridad administrativa competente puede declarar ese estado para revertir el estado de cosas a través de una ordenación, restricción y reparto de las extracciones o aprovechamientos preexistentes para lograr una explotación racional y la inmediata suspensión de las solicitudes nuevas o de modificación de concesiones pendientes a ese momento. Desde luego, que, también, se pueden implementar medidas de ahorro y buena utilización de los recursos como el tratamiento y depuración de las aguas residuales para ser reutilizadas en el riego de ciertos cultivos, sistemas de riego por goteo o nocturno para paliar los efectos de la evapotranspiración, la recarga artificial, etc..

c) *Declaración de acuífero en proceso de intrusiones salinas:* Se estima que un acuífero está en proceso de salinización cuando, como consecuencia directa de las extracciones, se registran aumentos generalizados y progresivos de concentración salina de las aguas captadas con lo que se corre el peligro de convertirse en inutilizables. La salinización supone una reducción del espesor de la capa de agua dulce bajo la que asciende el agua marina, de modo que el agua de los pozos deja de ser potable e, incluso, inservible para usos domésticos o de riego, siendo la recuperación de acuífero muy difícil o casi imposible. Este problema que se puede presentar en nuestro país, sobre todo, en los acuíferos costeros sobreexplotados –intrusión de origen marítimo- de forma gradual o generalizada, aunque no cabe descartar, en otros

puntos, la intrusión de origen continental. La causa de la intrusión salina se encuentra en una explotación irracional o sobreexplotación, por lo que deben implementarse medidas similares a las dispuestas para cuando se produce ese problema tales como la ordenación, restricción y reparto de los aprovechamientos o usos preexistentes y suspensión de las solicitudes nuevas o de modificación de concesiones. d) Estados de necesidad y crisis hídrica: En circunstancias anómalas, excepcionales y coyunturales que provocan una calamidad pública o conmoción interna (v. gr. sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o intrusión salina generalizada de éstos), el Estado –a través del Poder Ejecutivo- y, con fundamento en el principio de necesidad, puede adoptar las medidas necesarias e idóneas respecto a la utilización del dominio público hidráulico para superar ese estado de cosas o evitar que se agrave. Cuando cesa el estado de necesidad y se restablece la normalidad se pueden adoptar otro tipo de medidas como las anteriormente expuestas (perímetros de protección, declaración de acuíferos sobreexplotados o en proceso de salinización). (VC 2004- 01923) (El resaltado no es del original)

Desde la normativa y para lo que nos interesa²⁷ dentro de este artículo, tenemos los siguientes perímetros:

- a) En la Ley de Aguas²⁸ se establece en el numeral 31²⁹ inciso a-: doscientos metros de perímetro, en un radio de protección desde la captación o de tomas surtidoras de agua potable. Por su parte, en el inciso b-: se protege la zona forestal que circunda esa fuente.

²⁷ En este artículo solo abordaremos los perímetros de los pozos que abastecen comunidades. Pero valga reconocer que existen otros, como ejemplo lo que señala la Ley Forestal en el artículo 33 que es para afloramientos no captados, que dice: “Áreas de protección: Se declaran áreas de protección las siguientes: a) Las áreas que bordeen nacientes permanentes, definidas en un radio de cien metros medidos de modo horizontal. b) Una franja de quince metros en zona rural y de diez metros en zona urbana, medidas horizontalmente a ambos lados, en las riberas de los ríos, quebradas o arroyos, si el terreno es plano, y de cincuenta metros horizontales, si el terreno es quebrado. c) Una zona de cincuenta metros medida horizontalmente en las riberas de los lagos y embalses naturales y en los lagos o embalses artificiales construidos por el Estado y sus instituciones. Se exceptúan los lagos y embalses artificiales privados. d) Las áreas de recarga y los acuíferos de los manantiales, cuyos límites serán determinados por los órganos competentes establecidos en el reglamento de esta ley.”

²⁸ Ley No. 276 de 27 de agosto de 1942.

²⁹ Artículo 31 de la Ley de Aguas: “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.”

- b) En el ordinal 32³⁰, también de la Ley de Aguas, se establece que eventualmente los perímetros podrían hacerse mayores a efecto de evitar cualquier tipo de contaminación, ya sea a aguas superficiales, o subterráneas.
- c) Para pozos, señala la misma Ley de Aguas en su artículo 8³¹ que existe un área de protección, que debe considerar una distancia de cuarenta metros desde el pozo a “... edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera...” Asimismo, amplía esa norma el perímetro al decir que se debe guardar cien metros desde “... otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público, sin la licencia correspondiente del MINAET”.
- d) El artículo 15 del Reglamento General de Cementerios³² señala: “El terreno a elegir para construir un nuevo cementerio deberá contar con los siguientes requisitos: ... ubicarse a una distancia no menor de doscientos metros (200) aguas arriba de un pozo o fuente de agua para abastecimiento humano...”

De lo anterior, es importante aclarar dos dudas fundamentales, que serían:

1) ¿Podría interpretarse, que los pozos de agua para consumo humano privados están cubiertos por la hipótesis de perímetro del artículo 31 inciso a) de la Ley de Aguas, o su perímetro es solamente de 40, o 100 metros de radio, según lo establece el numeral 8 del mismo cuerpo legal?

2) ¿Son los perímetros de las áreas de protección bienes privados con limitaciones de uso; y, deberían ser expropiados los propietarios si se establecen estas, o son esas áreas del todo demaniales *per se*?

Responderemos a las preguntas de la siguiente manera; a la primera, diremos que si bien los pozos, al parecer tendrían inicialmente un perímetro de protección de 40 o 100 metros de radio simplemente, pues la norma dispuso “aparentemente” un área de protección diferente a la de las tomas de captación o a las surtidoras de agua potable, consideramos, que un pozo es asimilado a una toma de captación de agua o a una surtidora de agua sin

³⁰ Artículo 32 de la Ley de Aguas: “Cuando en un área mayor de la anteriormente señalada exista peligro de contaminación ya sea en las aguas superficiales o en las subterráneas, el Poder Ejecutivo, por medio de A y A (la Sección de Aguas Potables) a que alude el artículo siguiente, dispondrá en el área dicha las medidas que juzgue oportunas para evitar el peligro de contaminación.”

³¹ El nominal 8 de la Ley de Aguas señala en su primer párrafo: “Las labores de que tratan el artículo anterior para alumbramientos, no podrán ejecutarse a menor distancia de cuarenta metros de edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera ni a menos de cien de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público, sin la licencia correspondiente del MINAET.”

³² Decreto Ejecutivo No. 32833-S del 3 de Agosto del 2005. Publicado en La Gaceta No. 244 del 19 de Diciembre del 2005.

lugar a dudas y que si bien el legislador de la Ley de Aguas de 1942 hizo una aparente separación, la misma lo que señala es una especial protección para guardar distancias respecto determinadas edificaciones o entre otras fuentes, y por ello, el perímetro del que debemos partir es el de los 200 metros. Pensar lo contrario a nuestra interpretación sería poner en riesgo de contaminación el recurso hídrico subterráneo. En todo caso, el asunto fue zanjado por la misma Sala Constitucional, que resolvió una acción de inconstitucionalidad³³ contra una modificación que se había hecho al Reglamento General de Cementerios, que comentaremos más adelante, en la siguiente sección, pero adelantamos que la Sala dispuso en ese entonces, que vía reglamento, no era constitucional reducir los perímetros de los pozos a menos de 200 metros, pues respecto a ello había reserva de ley por un asunto de interés social, por lo previsto en el numeral 31 de la Ley de Aguas³⁴.

Sobre la pregunta 2 diremos que la duda salta, pues el numeral 31 de la Ley de Aguas señala “*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...*” y con base a ello, algunas personas han considerado, que si existen terrenos inscritos en su totalidad a nombre de sujetos de derecho privado, que tienen sitios de captación o tomas surtidoras de las cuales se abastecen las personas, esos terrenos están “libres”, puesto que registralmente no hay limitaciones. Se ha llegado a considerar por estos propietarios en el mejor de los casos que solo existen ciertas limitaciones de uso a efecto de construir o talar bosque, pues lo único que sería bien dominical es el subsuelo y por ende el manto acuífero que permite ese reservorio de agua. Pero se equivocan, pues el punto lo resuelve la Procuraduría General de la República en varios pronunciamientos y dictámenes, cuando señala que de donde emana agua que abastecen comunidades o barrios, existe, irremediablemente en la superficie, un perímetro de radio que debe ser considerado como un bien que es *demanio* público. Independientemente de las falencias o falta de fiscalización que conllevaron a inscribir esos terrenos sin excluir esas áreas en el pasado.

³³ Expediente No. 07-009001-0007-CO.

³⁴ Propiamente señalaron los magistrados: “*El requisito de un perímetro no menor de doscientos metros de radio a efecto de poder instalar una actividad en un área que circunde los sitios de captación o tomas surtidoras de agua, como medida para evitar la escasez y degradación irreversible de las condiciones naturales del recurso hídrico, lo fue pensado y determinado por el propio Legislador, como una limitación de interés social, preocupándose de priorizar la utilización del agua para el consumo humano sobre cualquier otro...*” (Voto constitucional No. 2008006052)

En el pronunciamiento No. OJ-64-2002, del 30 de abril del 2002³⁵ se dijo por parte de la representación del Estado, que en las informaciones posesorias donde se ubiquen las fuentes de este tipo, se le exige a los juzgados a obligar a los promoventes a excluir las áreas respectivas puesto que ellas son bienes de dominio público por disposición legal.

Por lo anterior, se encuentra el sustento para afirmar que esos terrenos dentro de los perímetros son demaniales y por tanto tienen todas las características que por ley, doctrina y jurisprudencia se han descrito. Es claro, por lo expuesto, que descuidar estas áreas conllevaría a las Administraciones Públicas a violentar el principio de tutela efectiva sobre

³⁵ Señala la Procuraduría: *"Así, las áreas contiguas a nacientes que hayan sido calificadas como útiles al fin de abastecimiento de agua potable, por su naturaleza de cosas públicas, están fuera del comercio y no son objeto de apropiación particular. "La posesión de los particulares no causa derecho alguno a su favor, por lo que no pueden inscribir esos terrenos en el Registro Público mediante información posesoria y la acción reivindicatoria estatal por ellos es imprescriptible." (OJ-033-95).¹⁰ Es por esa razón que la Procuraduría General de la República dentro de los procesos de información, de las que es parte por imperativo legal (artículo 5° de la Ley de Informaciones Posesorias, No. 139 de 14 de julio de 1941), requiere, cuando exista alguna naciente que convenga proteger para fines de abastecimiento de agua potable, la presentación de un nuevo plano catastrado que excluya los doscientos o trescientos metros contiguos al manantial según la configuración del terreno, reduciéndose necesariamente el área objeto de titulación; y de no cumplirse con lo anterior, solicita el rechazo de las diligencias en la resolución de fondo por pretenderse la inscripción de inmuebles pertenecientes al dominio público. Esta posición nuestra ha sido avalada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Agrario: "Las disposiciones del Código Fiscal fueron derogadas por la Ley General sobre Terrenos Baldíos N° 13 del 6 de enero de 1939. En esta nueva ley se incorporan prácticamente las mismas disposiciones. Los terrenos comprendidos en los límites de la República, no adquiridos ni inscritos a nombre de los particulares, se presumen baldíos y por ello pertenecen al Estado (artículo 1). Este conservará el dominio necesario sobre las tierras indispensables para el aprovechamiento de las fuerzas hidráulicas (artículo 11). La ley protege expresamente, y por tanto no son susceptibles de ser enajenados, los terrenos de las islas, ni los situados a las márgenes de los ríos, arroyos y, en general, de todas las fuentes de cuencas u hoyas hidrográficas donde broten manantiales, hayan islas o cabeceras y cualquier curso de agua del cual se surta alguna población o convenga reservar con igual fin. En terrenos planos la prohibición comprende una faja de 200 metros a ambos lados de los ríos, manantiales o arroyos, pero si existen cuencas u hoyas hidrográficas la extensión alcanza los 300 metros (artículo 7). La Ley de Tierras y Colonización N° 2825 del 14 de octubre de 1961 mantuvo la misma orientación. Pero amplió las declaradas, por la anterior ley, como inalienables (Artículo 7). En general esas reservas han tenido prohibición para poseerlas y para ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad por medio del trámite judicial de informaciones posesorias." (Sala Primera, Voto No. 51 de 15 horas 15 minutos del 26 de mayo de 1995. Considerando IV). "En las presentes diligencias el señor Procurador Agrario de la República se a [sic] opuesto a su aprobación argumentando que por existir nacientes con áreas de influencia, no es posible aprobar la titulación, por ser dichas áreas parte del dominio público...Desde el siglo*

bienes pertenecientes al Estado, cosa que lamentablemente ocurre y por ello, todo esto se presta para muchos conflictos socio ambientales como los que expondremos en la siguiente sección.

IV Dos casos violaciones a los radios de protección de pozos

A continuación se expondrán dos situaciones sobre desprotección de pozos que se han tenido que judicializar, puesto que desde las diferentes Administraciones Públicas en Costa Rica no se considera de manera uniforme, que los perímetros de 200 metros de protección a pozos y el agua para consumo humano que emana de ellos, deban ser respetados y contrario a lo desarrollado supra y las exigencias de nuestro Ordenamiento Jurídico, se ha dado prioridad a proyectos que transgreden abiertamente principios fundamentales, tales como el de reserva de ley, derecho humano al agua en cantidad y calidad suficiente, tutela efectiva de bienes de dominio público y el de inderogabilidad singular del reglamento.

a- Caso primero: Propietarios de proyecto de cementerio privado, que en busca de la aprobación de sus permisos pretendieron modificar un reglamento.

Primero, los hechos. El caso se remonta al año 2002 cuando en el cantón de San Ramón, Alajuela, unos empresarios se unen para materializar un cementerio privado llamado “Jardín Cementerio Anhelos Hondos”. Para lo anterior, acuden a la Secretaría Técnica Nacional Ambiental buscando la viabilidad o licencia ambiental y presentan para ello la documentación que se consideró pertinente y esta oficina les asigna el número de expediente 540 2002 SETENA.

pasado, el Código Fiscal establecía una serie de restricciones en ese sentido, sobre todo para proteger las áreas aledañas a los ríos, quebradas y cursos de aguas, así como los bosques. La Ley General de Terrenos Baldíos N° 13 del 6 de enero de 1939, estableció la prohibición de enajenar los terrenos del Estado...Es evidente, la intención del legislador, en cuidar desde hace décadas las fuentes de agua, que surtan alguna población o que convenga reservar con igual fin. Dicha disposición se mantuvo íntegramente en la Ley de Tierras y Colonización, artículo 7 inciso c)...La Procuraduría Agraria ha presentado una oposición razonada durante el transcurso de este proceso no contencioso. Sostiene la demanialidad de las áreas aledañas a las dos nacientes indicadas...Lo procedente, en consecuencia, de conformidad con [sic] el artículo 11 de la Ley de Informaciones Posesorias, es confirmar la sentencia apelada, y remitir al interesado a la vía contenciosa correspondiente a hacer valer sus derechos." (Tribunal Agrario, Voto No. 770 de las 10 horas 40 minutos del 13 de noviembre de 1998). En razón de esa misma demanialidad, la tolerancia, tardanza o desuso por parte de la Administración no otorga ningún derecho a los particulares (Sala Constitucional, resoluciones números 6758-93 de 22 de diciembre de 1993 y 6192-95 de 14 de noviembre de 1995 y dictámenes de la Procuraduría General de la República Nos. C-019-96 de 1° de febrero de 1996 y C-004-98 de 7 de enero de 1998.)

Un grupo de vecinos colindantes al sitio de proyecto aportan una oposición administrativa, señalando varios argumentos técnicos, pero destacando el que existían dos pozos de abastecimiento humano ubicados en diferentes colindancias³⁶ al lado de la propiedad del proyecto. Todo lo anterior, fundamentado en dos normas; básicamente el artículo 31 de la Ley de Aguas y el artículo 15 del Reglamento General de Cementerios que establecen perímetros de protección de 200 metros de radio partiendo de cada pozo.

Segundo, las acciones administrativas y las judiciales. La sociedad civil alega que de aprobarse el proyecto, se estaría en clara confrontación con el derecho humano al agua en cantidad y calidad suficiente, violación al principio de derecho administrativo de inderogabilidad singular del reglamento³⁷ y por supuesto en choque frontal con lo dispuesto en la Ley de Aguas, dado que la normativa aplicable establecía claras limitaciones para el uso del suelo en la finca del cementerio.

Los empresarios alegaron que existían pruebas científicas de que los pozos no se iban a contaminar por el tipo de suelos existentes, dado que prácticamente eran impermeables, estableciéndose una especie de sello al manto acuífero; y por su parte, desde la SETENA, señalaron que el desarrollo de un cantón no podía detenerse, amén de la prueba científica aportada por el hidrogeólogo contratado por la empresa.

Por lo anterior, la oficina que otorga permisos aprobó la licencia ambiental y el grupo de vecinos recurren ante el Ministro de Ambiente y Energía, que es Superior Jerárquico de la SETENA, que finalmente terminó confirmando lo resuelto en primera instancia y ante ello, el grupo vecinal presenta un recurso de amparo³⁸ ante la Sala Constitucional.

Por su parte el Ministro del Ministerio de Ambiente y Energía y la representante ante SETENA señalaron a los magistrados al contestar la audiencia dada por los magistrados constitucionales lo siguiente:

³⁶ Uno de los pozos estaba a 105 metros de una de las colindancias y el otro a 123 metros de distancia de otra colindancia, ambos del cementerio en cuestión en lados opuestos.

³⁷ El artículo 13 de la Ley General de la Administración Pública. Ley No. 6227 de 2 de mayo de 1978, nos describe el significado del principio de inderogabilidad singular del reglamento al externar: "*La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos...*" Por su parte, el abogado Jinesta (2002) señala propiamente: "*El fundamento constitucional último del principio de inderogabilidad singular del reglamento está en los principios constitucionales de legalidad (artículos 11 y 28 de la Constitución Política) y el de igualdad (artículo 33 ibidem), puesto que, si la Administración Pública puede realizar, únicamente, aquellas conductas autorizadas por el ordenamiento jurídico (vinculación positiva) y debe otorgar igual tratamiento a todos los administrados que se encuentren en idéntica situación de hecho y derecho, no puede desaplicar el reglamento para un caso concreto.*"

³⁸ Expediente No. 07-005934-0007-CO

“... el proyecto se desarrolla de conformidad con los compromisos ambientales asumidos en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, el proyecto garantizará el debido equilibrio con el medio, por lo cual no se pondrá en peligro ni el recurso hídrico ni ningún otro elemento del ambiente...” (Voto N° 2011-008409)

Además, agregan que los pozos no tienen concesión y que desde ese panorama no debe haber la protección alegada por los ciudadanos de San Ramón.

Desde el Ministerio de Salud -que también fue considerado como parte dentro del recurso de amparo- se señaló lo siguiente:

“María Luisa Ávila Agüero, en su calidad de Ministra de Salud (folio 165), informa, en la resolución DM-RC-3202-07 de las 13:05 hrs. del 24 de mayo de 2007, se resolvió por el fondo el Recurso de Reposición presentado por el señor Víctor Manuel Rojas Arroyo, contra la resolución DM-RC-1231-07 de las 11:19 hrs. del 23 de enero del 2007; la cual señaló, por medio de oficio No. SG-2635-2006-SETENA de 12 de octubre de 2006, de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, el expediente en marras se encontraba en el Ministerio de Ambiente y Energía en virtud de la apelación subsidiaria, con lo cual el SETENA, estaría a lo dispuesto por el Ministro, en virtud de la potestad atribuida en el artículo 87 de la Ley Orgánica del Ambiente; agregó además, el Plan de Gestión Ambiental elaborado para este proyecto incluye un estudio hidrogeológico de tránsito de contaminantes, el cual descarta la contaminación bacteriológica de las aguas. Explicó, en la Resolución No. 465-2006 de las 02:50 horas de 7 de marzo de 2006, se incluyeron otras consideraciones técnicas que llevaron a declarar que el proyecto no contaminaría. La resolución DM-RCC-3202-07, dispuso el Estudio Hidrogeológico Ambiental elaborado por el Hidrogeólogo Mauricio Vásquez Fernández, es viable, en razón, el riesgo de contaminación de las aguas subterráneas es bajo dada la baja vulnerabilidad y la baja amenaza que representa la actividad a desarrollar, en especial, por las condiciones hidrogeológicas de materiales de baja permeabilidad que predominan en la zona, por ello los pozos cercanos no se verían afectados. Agrega, por oficio DPAH-641-PC-067-07 de 19 de marzo de 2007, ingenieros funcionarios de la Dirección de Protección al Ambiente Humano, manifestaron, y sobre el Estudio Hidrogeológico previamente citado, es claro que los pozos descritos en el Estudio no se verán afectados por los afluentes generados, además los pozos se ubican fuera de la dirección de flujo del agua subterránea. Por oficio No. RCO-DARS-SR-0621-2007 de 11 de abril de 2007, aportado por el señor Rojas Arroyo, el Director del Área Rectora de Salud de San Ramón, le comunicó, ningún pozo en dicha dirección tiene un estudio técnico y científico que lo convierta en apto para consumo humano. Por resolución No. R-0190-2007-MINAE de las 12 horas de 18 de abril de 2007, el Ministro de Ambiente y Energía, rechazó por improcedente el recurso de apelación incoado por los recurrentes, Santamaría Porras y otros, contra lo dispuesto en la resolución 782-2006-SETENA, la cual confirma la viabilidad ambiental del proyecto en cuestión...”

Mientras todo lo anterior sucedía, las fuerzas “políticas” se movieron para modificar el Reglamento General de Cementerios, a efecto de que el proyecto del grupo empresarial pudiera tener su cementerio privado. Por todo ello, se emitió el Decreto Ejecutivo n.º 33769-S, del 25 de abril del 2007, publicado en la Gaceta n.º97, del 22 de mayo del 2007, que reformó el inciso 2) del artículo 15 del Reglamento General de Cementerios, Decreto Ejecutivo n.º 32833-S, del 3 de agosto del 2005, publicado en la Gaceta n.º 244, del 19 de diciembre del 2005, para que dijera lo siguiente:

“Artículo 1. Reformar el inciso 2) del artículo 15 del Decreto Ejecutivo No. 32833-S del 3 de agosto del 2005, publicado en La Gaceta No. 244 de 19 de diciembre del 2005 “Reglamento General de Cementerios”, para que en lo sucesivo se lea de la siguiente manera:

Artículo 15.- El terreno a elegir para construir un nuevo cementerio, deberán contar con los siguientes requisitos: (...)

*2) Ubicarse a una distancia no menor de doscientos metros (200) aguas arriba de un pozo o fuente de agua para abastecimiento humano, **salvo que demuestre fehaciente y técnicamente que el proyecto a desarrollar, ubicado a una distancia menor, no causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente**”.* (la negrita es nuestra)

En razón de la modificación de la norma, la sociedad civil que se oponía al proyecto presenta la respectiva acción de inconstitucionalidad³⁹, señalando que ese cambio era inconstitucional y que la misma respondía específicamente para permitir el proyecto de cementerio “Jardín Cementerio Anhelos Hondos”.

El principal alegato de la inconstitucionalidad lo fue que se transgredía el perímetro de protección de pozos de 200 metros de radio, tal y como lo señala el numeral 31 de la Ley de Aguas.

En razón de la acción dicha, desde la parte institucional hacen una serie de argumentaciones, donde citamos a continuación el resumen que consta en la sentencia⁴⁰ que resolvió el asunto:

La representación del Estado señaló en lo que interesa:

“Ahora bien, es importante aclarar, que aun cuando hemos podido comprobar que entre las leyes recién citadas y el reglamento impugnado existe una conexión en cuanto a la distancia que contemplan, ello no supone que esta última norma se dicta en desarrollo de aquellas para el supuesto concreto de los cementerios, como así parece entenderlo los

³⁹ Expediente No. 07-009001-0007-CO.

⁴⁰ Voto No. N° 2008006052.

recurrentes, al denunciar que por la vía reglamentaria se está abriendo una brecha para reducir el perímetro de protección contemplado en el artículo 31 de la Ley de Aguas cuando se cuente con el sustento de estudios técnicos. El ámbito de aplicación del artículo 31 de la Ley de Aguas se enmarca dentro del conjunto de normas que otorgan el carácter de dominio público a las áreas contiguas a las fuentes proveedoras de agua potable a fin de asegurar este recurso, que aparte de las ya señaladas Ley General de Salud y Ley de Tierras y Colonización, podemos mencionar también a la Ley General de Agua Potable, n.º1634, del 18 de septiembre de 1953, cuyo artículo 2 dispone: “Artículo 2º.- Son del dominio público todas aquellas tierras que tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Salubridad Pública, consideren indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física, y caudal necesario de las mismas. Corresponde al Ministerio de Salubridad Pública conocer de las solicitudes formuladas para construcción, ampliación y modificación de los sistemas de agua potable y recomendar al Ministerio de Obras Públicas la construcción, ampliación o modificación de aquellas de mayor necesidad, previo estudio de índices de mortalidad, parasitismo y otros.” El inciso 2 del artículo 15 del Reglamento General de Cementerios, por su parte, tanto en su versión anterior como en la actual, contempla una distancia mínima, como se dijo, de 200 metros que si bien puede coincidir o traslaparse con la protección perimetral de 200 metros en terrenos de dominio público dispuesta por la Ley General de Aguas y la Ley de Tierras y Colonización, es aplicable también a los terrenos de propiedad privada o incluso municipal, si bien no afectos a un fin público determinado. Dicho de otra manera, los doscientos metros que contempla el artículo 31.a) de la Ley de Aguas y por añadidura el numeral 7.c) de la Ley de Tierras y Colonización se consideran como terrenos demaniales o dominicales, en virtud del acto de publicatio realizado por el legislador sobre las áreas dichas; en tanto que la distancia de doscientos metros que el Reglamento General de Cementerios estableció desde su redacción original, bien puede ejecutarse sobre terrenos particulares o de dominio privado, lo cual se traduce en que no necesariamente el área de protección que ha sido declarada como de dominio público por la Ley de Aguas va a coincidir con la distancia de 200 metros a la que tiene que estar ubicado un cementerio respecto a un pozo o fuente de agua. De ahí que no se pueda colegir, como hacen los actores, que a través del decreto ejecutivo n.º 33769-S se está posibilitando la reducción del área de doscientos metros que contempla el referido artículo 31.a) de la Ley de Aguas, pues los inmuebles que quedan cubiertos por esa área de protección son bienes dominicales o demaniales; mientras que los terrenos que pueden resultar afectados por el perímetro del artículo 15.2) del Reglamento General de Cementerios son, precisamente, terrenos de titularidad privada. Es decir, ambas normas conllevan una afectación de la propiedad en dos niveles distintos y por tanto de diferente naturaleza (publicatio en la Ley, y limitación en el reglamento) – de ahí, dicho sea de paso, la diferencia esencial desde el punto de vista formal, del autor de cada una de esas normas – por lo que la sola razón de que contemplen la misma distancia de protección no

es motivo suficiente para establecer un vínculo tal entre ellas que las coloque en el mismo plano jurídico. En otras palabras, la Ley de Aguas y la misma Ley de Tierras y Colonización dan el suficiente fundamento jurídico a la distancia fijada por el Poder Ejecutivo en el reglamento impugnado, de forma que no se consideren arbitrarios los doscientos metros dichos, pero no la condicionan en el tanto este último tiene un ámbito de aplicación que puede diferir, al poder ser aplicado a terrenos de dominio privado en los que no ha operado la publicatio. En la medida en que se trata de modular el ejercicio del derecho fundamental a la propiedad privada, contemplado en el artículo 45 de la Carta Política, con la facultad de ordenación normativa por parte de la Administración, a fin de articular el desarrollo de una actividad privada (en este caso, la construcción de un cementerio) con el interés público y los derechos e intereses legítimos de los demás ciudadanos que se encuentran presentes en la protección del medio ambiente y del recurso hídrico en particular, propiciando así un uso racional de la tierra, al tenor del artículo 69 constitucional; en esa medida, repetimos, es que la posibilidad de reducir la distancia de 200 metros respecto a un pozo o fuente de agua para abastecimiento humano parece legítimo en el tanto se cumpla con el criterio técnico que prevé el decreto ejecutivo n.º 33769-S. No es preciso acudir a criterios técnicos para constatar que dichas normas pueden contemplar hipótesis de hecho distintas. Aparte de que la Ley de Aguas y la misma Ley de Tierras y Colonización no hacen alusión alguna a pozos, requiere en el caso de la primera, que tenga el suficiente caudal para ser considerada un sitio de captación o toma surtidora de agua potable – aspecto éste en el que será determinante el criterio técnico del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados – mientras que la segunda ley habla de 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. El reglamento impugnado, entretanto, nos habla de que el pozo o fuente debe servir para abastecimiento humano, con lo cual, si bien puede referirse a una población también puede circunscribirse al consumo por parte de una sola persona o familia, con lo que se sale del ámbito de cobertura dispuesto por las referidas leyes. A partir de los razonamientos anteriores es que este órgano asesor considera que el párrafo adicional introducido por el Decreto Ejecutivo n.º 33769-S al Reglamento General de Cementerios no contraviene el derecho fundamental a contar con un ambiente sano y en perfecto equilibrio, desde el momento en que busca compaginar la protección del recurso hídrico y por tanto del derecho a la vida y a la salud, con el derecho de toda persona a desarrollar una actividad privada en los predios de su propiedad sobre la base de un criterio que brinde certeza científica y técnica de que dicha actividad es inofensiva para la salud y el medioambiente. Si bien resulta poco afortunada la circunstancia, que el fundamento técnico que motiva la reforma reglamentaria derive del caso concreto que es conocido en el recurso de amparo interpuesto por los accionantes, a que se hizo referencia líneas atrás, en concreto la resolución n.º 465-2006, de las 2:50 horas del 7 de marzo del 2006, de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental mencionada en el considerando IV del Decreto Ejecutivo n.º

33769-S, ello no es razón suficiente para considerar que este último sea disconforme con el bloque de constitucionalidad...

Es interesante el argumento de los representantes del Estado, pues tratan de defender una simple actuación desde una perspectiva que solo observa el pozo aislado de una realidad y como si de este no dependieran 28 personas para abastecerse de agua a diario. En perspectiva tenemos que en realidad la Administración estaba queriendo dejar sin protección el perímetro genérico previsto en la Ley de Aguas, lo cual, a nuestro modo de ver, conllevaba a un aspecto delicado, que fue desproteger bienes, que por interés público deben preservarse amén de violentar el principio de inderogabilidad singular del reglamento y el de reserva de ley. A nuestro modo de analizar, evidentemente se defendió una tesis más para amparar el criterio del presidente de la República de turno y a unos empresarios, que el del bien común.

Por su parte, el representante del Ministro de Ambiente y Energía contestó:

“... que a la fecha no se ha alegado ni mucho menos se ha demostrado, por parte de los accionantes, que a una distancia de doscientos metros que establece la norma objeto de la acción, exista contaminación al recurso hídrico, que ponga en peligro la salud y el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de las personas, todo en relación con el caso concreto del “Campo Santo Anhelos Hondos”. Por el contrario, dentro de los alegatos externados en la acción, se indica sobre la posibilidad de que en el futuro se demuestre que existía un error, conllevando a demostrar hipotéticamente que dentro de una distancia de doscientos metros si existe riesgo un riesgo de contaminación. Mantener esta tesis implicaría que partiendo de esta premisa se podrían tener partes del territorio nacional, sin poder desarrollar proyectos o actividad alguna, con el agravante de que no existe un fundamento científico que respalde la conclusión a la que se está arribando. Esto llevaría a un sinsentido, precisamente para eso están los perímetros de protección, los cuales vienen a establecer distancias mínimas que deben respetarse, pero que vienen a fundamentarse en argumentos de carácter científico, de manera que esas distancias no se establecen arbitrariamente.”

Es decir, que los argumentos legalidad no tienen valor y que la “ciencia” está por sobre el Ordenamiento Jurídico y lo establecido por normas expresas. También esto es sumamente preocupante, pues es una prueba manifiesta de que un gobierno de tecnócratas no respeta garantías sociales o ambientales dado que la norma de la Ley de Aguas es muy clara y no admite las excepciones que pretendía hacerse vía reglamento.

De hecho también el señor ministro ratificando lo anterior señaló:

“Reglamento General de Cementerios un radio de protección de doscientos metros, debe necesariamente llevar a efectuar una interpretación finalista de la norma, concluyéndose que la distancia obedece a criterios científicos que llevaban en ese

momento a determinar que una distancia menor podría poner en peligro la salud de las personas, violándose derechos fundamentales tutelados por la Constitución Política, como son el derecho a la vida y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Ahora, los avances científicos han permitido que el ser humano haya incursionado en campos en los que en el pasado era impensable, un ejemplo de ello es precisamente el hecho de que en casos en los que se pueda demostrar fehaciente y técnicamente que la distancia de doscientos metros establecida en el Reglamento General de Cementerios, no causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente, se permita la construcción de cementerios. Ello lleva a que resulte ilógico pensar que con el tiempo y con base en un conocimiento científico, se imposibilite disminuir o ampliar un área de protección. Esto implica además que no comparte el Ministerio la afirmación externada por la parte accionante, en el sentido de que los perímetros de protección son aspectos básicos que deben respetarse sin poder disminuirlos bajo ningún criterio, sino que más bien se podrían ampliar con estudios técnicos, esto por cuanto resulta un argumento a todas luces arbitrario, el hecho de que los criterios técnicos sirvan de sustento para ampliar los perímetros de protección y no para disminuirlos, eso sí bajo criterios debidamente fundamentados.”

Desde Presidencia de la República y la Ministra de Salud que firmaron la modificación del Reglamento cuestionado expresaron a los magistrados lo siguiente:

“El Presidente de la República, Dr. Oscar Arias Sánchez y la Ministra de Salud contestan en escrito agregado a folios 40 a 44 del expediente. Aducen que la reforma del Reglamento no se llevó a cabo de buenas a primeras, sino, luego de obtener y analizar debidamente el criterio de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental y que consta en resolución 465-2006 de las catorce horas cincuenta minutos del siete de marzo del dos mil seis, el cual señala que la distancia de doscientos metros se sustenta en la presunción de que un cementerio ubicado a una distancia menor contamine las tomas de aguas. En ese sentido, manifiesta la SETENA que por ser una presunción debe admitirse prueba técnica en contrario, argumento tal que comparte el Ministerio de Salud en virtud de que la distancia dispuesta tiene por objeto salvaguardar la salud de las personas y proteger el ambiente; sin embargo, de existir prueba idónea que demuestre y garantice técnicamente que la ubicación de un cementerio a una distancia menor no causará ningún impacto negativo para la salud ni para el ambiente, desaparece el sentido lógico, técnico y científico para obligar al cumplimiento de un retiro tan considerable.”

Esa respuesta es igual a la que venía dando desde el Ministerio de Ambiente y Energía conllevan a confirmar, que esos funcionarios pretendían aparentemente dejar que la ciencia y la técnica resolvieran los problemas de propiedad privada sin observar la significancia del principio de reserva de ley.

Finalmente, desde Sala Constitucional se dispuso, mediante la resolución a las dieciséis horas diecinueve minutos del dieciséis de abril de dos mil ocho⁴¹, que la modificación era contraria a la norma 50 constitucional en el tanto que se debe actuar tratando de concordar el desarrollo social, ambiental y el económico, pero sin descuidar nunca las normas de rango legal que marcan límites a la actividad reglamentaria. Propiamente se dispuso:

*“...Sobre el caso bajo estudio. En el caso concreto, se discute la constitucionalidad de la reforma al artículo 15 inciso 2) del Reglamento General de Cementerios, Decreto Ejecutivo No. 32833-S del tres de agosto de dos mil cinco, publicado en la Gaceta No. 244 del diecinueve de diciembre de dos mil cinco, toda vez que permite –vía decreto- la reducción de los perímetros de protección alrededor de pozos y fuentes de agua cuando se demuestra de manera técnica e irrefutable que no se causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. Lo anterior por cuanto se establece como un requisito para construir un cementerio que el mismo se ubique a una distancia no menor de doscientos metros aguas arriba de un pozo o fuente de agua para abastecimiento humano, salvo que se demuestre fehaciente y técnicamente que el proyecto a desarrollar, ubicado a una distancia menor, no causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. A ello debe agregarse que la Ley de Aguas No. 276, en el Artículo 31 dispone: “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”. En ese sentido, se tiene que el Artículo parcialmente transcrito viene a proteger y controlar la utilización del dominio hidráulico, controlando las actividades e instalaciones que puedan afectarlo, ello a través de autorizaciones y definición de las zonas alrededor de las cuales se desarrolle determinada actividad. Así, se pueden prohibir o limitar determinadas actividades humanas, ello con el fin de lograr una utilización racional y equilibrada del agua, máxime si se toma en consideración que el acceso a fuentes de agua es una condición esencial para el disfrute del derecho de todos los habitantes de la República a la vida, a la salud y al ambiente. **El requisito de un perímetro no menor de doscientos metros de radio a efecto de poder instalar una actividad en un área que circunde los sitios de captación o tomas surtidoras de agua, como medida para evitar la escasez y degradación irreversible de las condiciones naturales del recurso hídrico, lo fue pensado y determinado por el propio Legislador, como una limitación de interés social, preocupándose de priorizar la utilización del agua para el consumo humano sobre cualquier otro, razón por la cual las autoridades nacionales como el Ministerio de Salud se encuentra en la obligación de respetar dicha disposición. Así las cosas, en el presente caso se discute concretamente si puede o no el Poder Ejecutivo disminuir vía reglamentaria el perímetro de protección previamente dado por el Legislador, a lo que debe responderse de forma negativa, ya que con base en el principio de reserva de ley, una norma reglamentaria no puede regular***

⁴¹ Expediente No. 07-009001-0007-CO.

materia destinada con exclusividad a la ley formal, como lo es toda aquella relativa al goce de los derechos fundamentales. Lo anterior es soslayado el caso bajo estudio, en el que mediante una disposición infra legal se estableció una disminución al área de perímetro de protección contenida en la Ley de Aguas, siendo que una disposición reglamentaria no puede venir a cambiar el criterio mínimo de protección señalado por la Ley, degradando con ello la protección legislativa. Es así, como un reglamento no puede limitar o disminuir la protección de un derecho constitucional como lo es el derecho a disfrute de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, cuando ya existe una Ley que regula el tema, teniéndose que su variación está reservada exclusivamente a la Asamblea Legislativa, mediante el procedimiento constitucionalmente establecido. Cabe aclarar que no estima este Tribunal que en la especie se lesione el principio precautorio que rige la materia ambiental, toda vez que los permisos se darían eventualmente solo si se logra demostrar fehaciente y técnicamente que el proyecto a desarrollar, ubicado a una distancia menor de doscientos metros, no causará un impacto negativo a la salud de las personas ni al medio ambiente. Razón por la cual el otorgamiento de los permisos se haría de forma objetiva, con base en estudios que le corresponderá a las autoridades competentes valorar, teniéndose que para su aplicación se deberá tener certeza previa la cual deberá ser fehacientemente demostrada, mediante estudios efectuados conforme a las reglas unívocas y de aplicación exacta de la ciencias 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 ambiente y que eventualmente incidiría en la Salud de los habitantes... Por tanto. Por mayoría, se declara con lugar la acción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, se anula el Decreto Ejecutivo número 33769-S del 25 de abril de dos mil siete, que reforma el inciso 2) del artículo 15 del Decreto Ejecutivo número 32833-S del 3 agosto de 2005. ...” (Voto constitucional No. 2008006052) (el resaltado es nuestro)

La Sala Constitucional fue meridianamente clara al externar que esas área de protección son limitaciones a las propiedades por innegables intereses sociales, pensando en daños irreversibles al agua, por lo que mal se hizo al querer violentar el perímetro de radio de 200 metros de radio.

Como consecuencia de lo anterior, el amparo interpuesto inicialmente por los vecinos fue declarado con lugar por efecto cascada, anulando la viabilidad o permiso ambiental otorgado al proyecto de cementerio. Propiamente se dijo en la sentencia del recurso:

“Así las cosas, debido a que en el caso concreto la Administración Pública aplicó la normativa declarada inconstitucional... específicamente el artículo 15 inciso 2) del Decreto Ejecutivo número 33769-S del 25 de abril de dos mil siete, que es "Reglamento General de Cementerios", actualmente declarado inconstitucional, bajo el expediente número 540-2002-SETENA, al fundamentar sus resoluciones en estudios técnicos de viabilidad ambiental, pese a no cumplirse con las distancias mínimas requeridas para la

construcción de cementerios y pozos de abastecimiento de consumo humano, considera este Tribunal, lo procedente es declarar con lugar el presente recurso de amparo, y se ordena la anulación de las resoluciones número 782-2006- SETENA de 5 de mayo del 2006, la Secretaría Técnica Nacional Ambiental la cual otorgó viabilidad al proyecto Camposanto Anhelos Hondos, y la resolución número R-0190-2007 MINAE de 18 de abril de 2007, del Ministro de Ambiente y Energía, la cual confirma la viabilidad ambiental del proyecto en cuestión y da por agostada la vía administrativa.” (Voto constitucional Voto No. 2011-008409)

Y por todo lo anterior, el proyecto nunca prosperó y se respetaron los perímetros de 200 metros de protección de los pozos dichos.

Evidentemente como se aprecia en lo expuesto, las Administraciones Públicas trataron -incluso con intervenciones políticas malsanas- de favorecer un proyecto de cementerio menospreciando los perímetros de protección, asunto que fue groseramente contrario a lo dispuesto en por el principio de reserva de ley y de tutela efectiva de bienes de dominio público.

Creemos que cuando los funcionarios públicos no desean respetar la ley estamos ante síntomas que son sumamente peligrosos para la convivencia en paz, donde se rompe toda posibilidad de hacer un verdadero desarrollo sustentable inclusivo.

b- Caso segundo: Ministerios que optan por sellar un pozo para eliminar su perímetro de protección, antes que proteger el derecho humano al agua de una comunidad.

Primero, los hechos. En este caso, analizaremos una situación que ocurre en el cantón de Santo Domingo de Heredia, con el proyecto de cementerio Campo Santo La Piedad. El expediente ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental fue el No. D1 8421 2012- SETENA.

Al igual que en la situación de San Ramón, existe un grupo de vecinos de un proyecto de cementerio que se apersonan ante SETENA y argumentan violaciones a derechos idénticos que en el pasado caso, puesto que existía un pozo que estaba ubicado a 30 metros del sitio del proyecto, donde si se consideraba el perímetro respectivo previsto en las normas, se estaba con un traslape del área de protección, dentro del cementerio, del 66%. En este caso incluso se tenía más respaldo jurisprudencial que en el pasado para hacer los alegatos de oposición, dado que se contaba toda la información del asunto de San Ramón y lo resuelto por la Sala Constitucional.

Segundo, las acciones administrativas y las judiciales. Los vecinos reúnen las pruebas de la cercanía del pozo con el proyecto e incluso se aportó un croquis elaborado por un topógrafo para poner de manera gráfica todo el conflicto legal y reglamentario

donde de nuevo aplicaba el principio de reserva de ley en defensa el perímetro del pozo evidentemente.

Desde el Ministerio de Salud sin proceder a ir a la inspección pedida por los vecinos de manera escrita meses atrás, otorgan el respectivo permiso de ubicación sin considerar el pozo No. AB 1652, que era la única fuente de abastecimiento de agua potable de alrededor de 40 personas.

La situación más seria se presenta cuando por queja de los empresarios del cementerio, la Dirección de Agua (dependencia del Ministerio de Ambiente y Energía) dispone señalar que el pozo vecinal estaba mal georeferenciado, por lo que debía sellarse. Olvidando la Administración que existía la directriz DA 3114 2011, de fecha del 19 de junio del 2011 dictada por ellos mismos, que establecía que era viable hacer correcciones de coordenadas de pozos, bajo determinados supuestos, todos protectores⁴² de los mantos acuíferos. En este punto, no está demás señalar que todos los requisitos de esa directriz se cumplían para el caso, pero extraoficialmente se argumentó que la distancia del pozo establecido desde los años noventa del siglo pasado, con tecnología antigua, no podía ser corregida ahora, situación que evidentemente hace pensar, que la prioridad no era el agua y el respeto a la ley.

El sellamiento del pozo, como se entenderá, acarrea como efecto colateral que se elimina el perímetro de 200 metros y todo ello contribuye a que el proyecto de cementerio pudiera realizarse.

Los vecinos presentan los recursos administrativos respectivos mismos que son declarados sin lugar y dado ello, el asunto pasó a un recurso de amparo⁴³. Si bien es cierto, el amparo inicialmente se presenta contra el Ministro de Ambiente y Energía y contra la Dirección de Agua, los magistrados consideran como partes recurridas también al Ministerio de Salud, Municipalidad de Santo Domingo, SENARA y a la Empresa de Servicios Públicos de Heredia.

⁴² La directriz señala que es posible corregir de malas georeferencias siempre y cuando se den las siguientes situaciones: "1-Que el sitio de perforación autorizado y la ubicación en el campo corresponda al mismo acuífero. 2- Que la ubicación del pozo en campo coincida o esté cercano a la ubicación anotada en el plano catastrado original. 3-Que el pozo en campo no se encuentre dentro de área de protección de cuerpos de agua, establecido en la Ley de Aguas y Ley Forestal. 4-El sitio de pozo en campo guarde la distancia en el artículo 8 de la Ley de Agua en relación a cuerpos de agua o bien tenga estudio aprobado por SENARA y MINAET de interferencia. 5-Si el sitio de pozo en campo está a menos de 1000 metros de la costa, debió haberse evaluado y aprobado por SENARA y MINAET el estudio de intrusión salina. 8- Se trate de la misma propiedad beneficiada o bien la propiedad actual esté integrada a la propiedad original"

⁴³ Expediente No. 13-010414-0007-CO.

Desde Sala Constitucional se analizan las posibilidades, incluso de que a los vecinos se les hiciera llegar agua desde el acueducto municipal, pero ello es materialmente imposible. La Sala Constitucional finalmente resuelve en lo que interesa lo siguiente:

“CONSIDERANDO V: ... Por su parte, la Municipalidad de Santo Domingo de Heredia, indicó que el proyecto de cita, se encuentra ubicado en el Distrito de San Vicente, sector que es abastecido por el sistema del Acueducto de Santo Tomás, que presenta un balance hídrico deficitario, pues el pozo Arizona, que es la fuente principal de abastecimiento con una producción de 20 L/s, abastece el acueducto que tiene un consumo promedio de 34 L/s y una demanda de máxima de 41 L/s, el déficit de agua oscila entre 14 L/s y 21 L/s, sector donde se ubica el Condominio Arcaida, por lo cual, operativamente se requiere de una presión de servicio superior a 15 mca (metros de columna de agua), y la casa más alta del Condominio Arcaida está sobre la cota 1.222 msnm (metros sobre el nivel del mar) y la base del tanque en la cota 1.225 msnm, y considerando las pérdidas hidráulicas dadas en las tuberías de abastecimiento, la presión de servicio en esa casa se estima sería de tan solo 1-2 mca, lo cual no permite prestar el servicio. Razones por las cuales, no se puede abastecer al Condominio Arcaida con el agua que produce el pozo Arizona y que se bombea al tanque San Vicente. En cuanto a la tubería de conducción de los distritos del este, señalan que frente a la entrada del Condominio Arcaida, se tiene una tubería de 100 mm del acueducto de los distritos del este de Santo Domingo, que traslada agua del acueducto de los Distritos del este hasta el tanque de San Vicente, para suplir en parte el déficit del acueducto de Santo Tomás, no obstante, en los meses de verano esta tubería debe cerrarse en tanto el remanente deja de existir, por cuanto el balance de agua de los distritos del este es también deficitario... En razón de lo anterior, esta Sala estima, que en el caso concreto debe prevalecer el derecho al agua de los habitantes del Condominio Arcaida... Por Tanto: Se ordena a ... que adopten y ejecuten las medidas y acciones necesarias para que en el plazo de seis meses, brinden una solución al problema de abastecimiento de agua de los habitantes del condominio Arcaida en Santo Domingo de Heredia, según los términos definidos en el considerando V de la presente sentencia. (Voto constitucional N° 2014000392)

Es claro con lo anterior que los jueces del Alto Tribunal están tratando de mantener la línea jurisprudencial de respeto el derecho al agua en cantidad y calidad que tienen los beneficiarios del pozo lo cual es destacar y resaltar.

Pero el conflicto resuelto por la Sala lamentablemente continúa en la sede administrativa que se resiste a acatar lo que señalan los magistrados disponiendo que el pozo se quedaba y que se debía respetar el perímetro de protección. Y para agravar la situación con el agua, desde el cantón de Santo Domingo, la municipalidad emite el 31 de marzo del 2014 un acuerdo del Concejo Municipal, donde dispuso una declaratoria de crisis hídrica, puesto que sus sistemas estaban mal y sin agua. Es decir, que el agua del pozo de los vecinos es estratégica y debería garantizarse.

Los meses pasan y los vecinos no son considerados para ninguna solución y desde la SETENA, que habían dispuesto una medida cautelar de suspensión del permiso irregular aprobado, disponen levantarla alegando que ya se habían considerado todas las situaciones de hecho y derecho, dejando por tanto sin vigencia el pozo y eliminado tácitamente el área de protección. Señalaron expresamente que el proyecto de cementerio podría seguir adelante en toda el área dado que los magistrados nunca ordenaron anular la orden de sellamiento del pozo, conllevando ello a fragantes violaciones, que solo favorecen a los proyectistas y que son claramente contrarias al principio de reserva de ley y al de inderogabilidad singular del reglamento, puesto que incluso conforme se extrae de la norma 31 de la Ley de Aguas, o de lo dispuesto en el Reglamento General de Cementerios, no se establece como obligación, para que exista protección del pozo, que el mismo deba estar debidamente inscrito, sino que lo vital es el abastecimiento humano.

Señalan desde SETENA, que el proyecto de cementerio no generará contaminación pues no existirán elementos que puedan conllevar a que lixiviados de ningún tipo lleguen al manto acuífero. Los vecinos por su parte presentan la respectiva apelación y se aporta al Ministro jurisprudencia donde la Sala Constitucional recientemente señaló que el tema de la contaminación no es relevante incluso, sino que por reserva de ley y respeto a bienes demaniales es obligatorio mantener vigente el perímetro de 200 metros.

Propiamente la jurisprudencia referida señala:

“... Así, aunque en autos no se ha tenido por demostrada la alegada contaminación, como se indicó, el hecho de que no se respetará la limitación de los 200 metros referidos, hace responsable de la infracción a derechos fundamentales como el acceso al agua potable, la salud y el medio ambiente de los vecinos del lugar tanto a la empresa dueña de la finca como a la persona a quien le arrendó...” (Res. 2013-008669 de las 9:05 horas del 28 de junio del 2013). (La negrita no corresponde al original)

Y también se les expuso al titular del MINAE en el recurso administrativo:

“De la sentencia transcrita queda claro que una vez declarada una determinada área como zona protectora por un acto del Estado, no puede éste, simplemente, desafectarlo en todo o en parte, para proteger otros intereses -públicos o privados- en menoscabo del disfrute de un ambiente sano, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 constitucional...” (Voto N° 7294-98 de las 16:15 horas del 13 de octubre de 1998. El resaltado es nuestro)

A la fecha, se sigue a la espera de lo que resolverán desde las Administraciones Públicas, pero es claro que existe una manifiesta complacencia estatal para que los proyectistas tengan todas las opciones de generar ingresos, aunque ello conlleve al sellamiento de fuentes de abastecimiento humano, lo cual es verdaderamente lamentable.

Por el principio de reserva de ley, es groseramente evidente que las Administraciones Públicas deberían estar sometidas a la legalidad pero al parecer, no obstante lo señalado en normas y la reiterada jurisprudencia, ello no es sopesado, dejando derechos fundamentales de primera generación en vilo, e irrespetando los perímetros de protección de pozos en Costa Rica.

V Conclusiones

Conforme se ha analizado y consta en nuestro Ordenamiento Jurídico la protección de las aguas subterráneas tiene un marco legal bueno; mismo que ha sido respaldado en la dirección correcta de defensa de los derechos fundamentales en reiteradas ocasiones por los magistrados constitucionales.

El principio de reserva de ley es claramente el basamento que da seguridad jurídica a una sociedad y desconocerlo como se hace desde las Administraciones Pública, para permitir violaciones que conllevan a descuidar bienes estratégicos de dominio público, solo deja estelas de dudas contrarias al principio de probidad.

Es manifiesto, por la doctrina y la jurisprudencia, que cualquier interpretación en materia ambiental debe contemplar el principio “*pro homine*”, puesto que este nos señala que es relevante la defensa de los derechos fundamentales, donde se incluye por supuesto el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo resalta nuestra Constitución Política en su numeral 50.

Es verdaderamente lamentable que la mano política haya querido intervenir en modificar reglamentos que a todas luces son contrarios a normas expresas o principios del derecho tales como el de reserva de ley, inderogabilidad singular del reglamento, o el de tutela efectiva de bienes de interés público, amén del principio del derecho a disfrutar agua en cantidad y calidad suficiente.

Es sumamente contradictorio y hasta irracional que desde oficinas públicas, que se supone que están para garantizar derechos básicos como el del agua, se piense ejecutar el sellamiento de pozos en momentos de crisis hídricas como los son estos que vivimos actualmente.

Creemos que no se es consecuente con el Estado Social de Derecho y el principio del desarrollo sustentable el querer desobedecer normas expresas y la reiterada jurisprudencia, que a la larga conlleven al sellamiento de pozos y al desconocimiento de los perímetros de protección de los pozos, pues el agua y su protección desde la superficie es vital para la presente y futuras generaciones.

Es claro, como nos consta con los casos en estudio, que como Estado nos alejamos de materializar un Estado Ambiental de Derecho cuando no entendemos que hay situaciones que no se negocian, que están fuera del comercio de los hombres y que

éticamente es incorrecto convertir en mercancía derechos que no nos pertenecen. Ordenar modificar reglamentos u ordenar el sellamiento de pozos para eliminarles sus áreas de protección es abiertamente inmoral.

Somos del criterio, que los perímetros de los pozos deben ser de 200 metros de radio y no deben ser limitados desde ninguna manera, puesto que así lo dispuso el legislador.

Algunos colegas y profesionales de otras áreas científicas señalan que los perímetros de 200 metros de radio no siguen criterios científicos y que esas áreas son por ende antojadizas, pero tenemos que ver que tomando en consideración el acelerado problema de contaminación de aguas, la norma más bien debería de evolucionar progresivamente, para ampliar esas zonas, en lugar de restringirlas, puesto que sin agua no sobrevivimos y si bien existen posibilidades de hacer ampliaciones para sitios de recarga acuífera como lo prevé nuestra Ley de Aguas, tenemos que ver que ello es casi imposible, pues la tendencia que se mantiene es la de una visión antropocéntrica de sellar pozos, para permitir que la “sociedad avance”, pero con fines meramente economicistas, lo cual es lamentable.

VI Bibliografía

Jinesta Lobo, Ernesto. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, Costa Rica. Biblioteca Jurídica Dike. 2002. Colombia.

Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo VI, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª Edición, 1998. Argentina.

Mesa Cuadros, Gregorio. Derechos ambientales en perspectiva de integralidad. Concepto y fundamentación y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho. Editorial Universidad Nacional de Colombia. 2007. Colombia.

Peña Chacón, Mario. Gestión Integrada del Recurso Hídrico en la Legislación Costarricense. Investigaciones Jurídicas S.A. 2008. Costa Rica.

Peña Chacón, Mario. Aplicaciones de la regla de la norma más favorable en el Derecho Ambiental. Lex, Difusión y Análisis, número 224, año XXIV, febrero 2014, México.

Sagot Rodríguez, Álvaro. Jurisprudencia del Recurso Hídrico y Forestal. Investigaciones Jurídicas S.A. 2004. Costa Rica

Sagot Rodríguez, Álvaro. El Desarrollo Sostenible en la Jurisprudencia Constitucional. Editorial Juricentro. 2014. Costa Rica

Talancha Crespo, Eliseo. 2010, El Estado Ambiental de Derecho. En Diario El Litoral.com. <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2010/07/01/opinion/OPIN-05.html>. Consultado el domingo 27 de julio del 2014.