**DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS**

**AL-DEST- IJU-064-2019**

**INFORME DE: PROYECTO DE LEY**

# "LEY PARA REGISTRAR POZOS NO INSCRITOS"

**EXPEDIENTE N° 21.061**

**INFORME JURÍDICO**

**ELABORADO POR:**

**ALEXIS ZAMORA OVARES**
**ASESOR PARLAMENTARIO**

**REVISADO POR:**

**BERNAL ARIAS RAMIREZ**
**JEFE DE AREA**

**AUTORIZACIÓN FINAL:**

**FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ**
**DIRECTOR A.I.**

**8 DE MARZO DE 2019**

# TABLA DE CONTENIDO

I.- RESUMEN DEL PROYECTO ..... 3
II.- ANALISIS DE FONDO ..... 3
2.1. Derecho fundamental al agua potable ..... 3
2.2. La naturaleza jurídica del agua como bien demanial ..... 5
2.3. Canon por Concepto de Aprovechamiento de Agua ..... 6
III.- ANALISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO ÚNICO ..... 8
IV.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA ..... 15
V.- ASPECTOS DE TRÁMITE LEGISLATIVO ..... 15
Votación ..... 15
Delegación ..... 16
Consultas ..... 16
Obligatorias ..... 16
Facultativas ..... 16
VI.- FUENTES CONSULTADAS ..... 16

**AL-DEST- IJU-064-2019**
**INFORME JURÍDICO**[1]

# LEY PARA REGISTRAR POZOS NO INSCRITOS

**Expediente N. 21.061**

## I.- RESUMEN DEL PROYECTO

La presente iniciativa pretende que las personas físicas y jurídicas que posean pozos perforados sin la debida autorización, se les otorgue un plazo máximo de un año a partir de la entrada de vigencia de lo que sería la ley, caso de aprobarse, para presentar la solicitud de inscripción a la Dirección de Aguas del MINAE con el fin de formalizarlos, registrarlos y pagar el canon que corresponda.

Detallaremos en este Informe si la norma propuesta es suficiente o si se encuentran yerros en su redacción.

## II.- ANALISIS DE FONDO

A continuación se expone para mejor comprensión algunas consideraciones jurídicas en torno al tema en estudio.

### 2.1. Derecho fundamental al agua potable

Dado que la iniciativa plantea el tema de la perforación de los pozos de agua, consideramos conveniente referirnos al concepto del agua como derecho humano. En tal sentido, lo primero que debemos reconocer es que no se trata de un derecho considerado como tal de manera autónoma, sino que está derivado de otros derechos humanos que han sido universalmente reconocidos; tales como el derecho a la vida, a la salud, y al medio ambiente, entre otros.

La jurisprudencia constitucional costarricense ha reconocido, el derecho fundamental al agua al indicar que: "*(…) debe concederse a todas las personas la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad a los servicios de agua potable, toda vez que la misma resulta esencial para la vida y la salud humanas"*.[2]

En el plano internacional, el derecho humano al agua es reconocido en varios instrumentos jurídicos, destacando entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos

[1] Elaborado por**:** ***Alexis Zamora Ovares*****,** Asesor Parlamentario; supervisado por ***Bernal Arias Ramirez*****,** Jefe de Área Jurídico-Social. Revisión final y autorización a cargo de ***Fernando Campos Martínez***, Director a.i. del Departamento de Servicios Técnicos.

[2] Sala Constitucional, Sentencias: 4654/2003, 7779/2004, 4879/2010, 15676/2010, 21505/2010, 1758/2011, 3579/2011, 6221/2011, 9075/2011, 05964/2013, 2308/2015, 3942/2015, 10040/2015, 15410/2015, 15442/2015, 15762/2015, 16447/2015, 422/2016, 450/2016, 1843/2016, 3176/2016.

Económicos, Sociales y Culturales, del 19 de diciembre de 1966, en sus artículos 11[3] y 12[4].

También este derecho se encuentra citado en la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres, y la Convención sobre los Derechos del Niño, también en Convenios de Derecho Internacional Humanitario, tales como el Protocolo Adicional al Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados internacionales, (Protocolo I) de 1977, y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II de 1977), así como en Declaraciones Ministeriales como la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977; Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible de 1992 ; Declaración Ministerial del Foro Mundial del Agua de Kyoto de 2003; de forma regional en la Carta Europea del Agua de 1968; Carta Europea de los Recursos del Agua de 2001 y la Recomendación 1731 de 2006 del Consejo de Europa "Contribución de Europa por el mejoramiento de la gestión del Agua"; y la Convención de 1992 sobre la protección y la utilización de los recursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, adoptado en Londres en 1999 en el marco de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas; Carta Africana de los derechos y bienestar del niño de 1990; Convención Africana para la conservación de la naturaleza y de los recursos naturales de 2003; Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África de 2003; Carta de las Aguas del Río Senegal de 2002; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) de 1988.

Además, en el orden doméstico[5] se tiene el siguiente texto judicial:

---

[3] *Artículo 11*
*1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.*

[4] *Artículo 121. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

[5] Sala Constitucional de la CSJ, Sentencia N° 6922-2010. Véase también, de ese mismo Tribunal, Sentencia N° 4654-2003, de las 15:44 horas, del 27 de mayo de 2003.

"*La jurisprudencia de la Sala es clara en reconocer el derecho al agua como un derecho fundamental, siendo así que junto con la realización de esfuerzos serios para su otorgamiento a la población, existe el deber de las instituciones públicas de hacer un uso responsable y adecuado del recurso hídrico disponible, lo cual implica la necesidad de adquirir certeza del agua susceptible de explotación –disponibilidad- garantizando su otorgamiento presente y la futura sostenibilidad del servicio, evitando que con la utilización actual del recurso se produzca un riesgo ambiental que comprometa la existencia y dotación futura del líquido. La Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera contundente y detallada sobre la protección que debe otorgarse al recurso hídrico nacional, clarificando tanto el marco normativo de protección, como las instituciones que conforman el sector hídrico, reconociendo y precisando el ámbito de competencias de dichas instancias y la trascendencia de sus actuaciones en materia de otorgamiento, aprovechamiento y protección del agua".*

### 2.2. La naturaleza jurídica del agua como bien demanial

Como anteriormente se señaló el proyecto de ley en estudio se refiere a la regularización de que los pozos perforados sin debida autorización sean inscritos ante la Dirección de Aguas del MINAE. Es por esta razón que consideramos importante puntualizar el concepto del agua tutelado como dominio público al que se refiere ampliamente la Ley de Aguas N° 276 del 27 de 8 de 1942 vigente.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley de Aguas, son aguas del dominio público: *"(…) IX.- Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de pozos; y (…)"*

No obstante, el artículo 2 de la ley citada indica:

> *Artículo 2º.- Las aguas enumeradas en el artículo anterior <u>son de propiedad nacional y el dominio sobre ellas no se pierde ni se ha perdido cuando por ejecución de obras artificiales o de aprovechamientos anteriores se alteren o hayan alterado las características naturales</u>.*
> *Exceptúanse las aguas que se aprovechan en virtud de contratos otorgados por el Estado, las cuales se sujetarán a las condiciones autorizadas en la respectiva concesión.*

Lo anterior es una regla, tomando en cuenta que <u>el agua es un bien social</u>, sin embargo, el artículo 4º de la precita ley de aguas indica que "*Son aguas de dominio privado y pertenecen al dueño del terreno: "III.- Las aguas subterráneas que el propietario obtenga de su propio terreno por medio de pozos; y…"* Siendo el artículo 6 el que manifiesta:

> *Artículo 6º.- Todo propietario <u>puede abrir libremente sin necesidad de concesión pozos para elevar aguas dentro de sus fincas para usos domésticos y necesidades ordinarias de la vida</u>, aunque con ello resultaren amenguadas las aguas de sus vecinos; deberá, sin embargo, guardar la distancia de dos metros entre pozo y*

*pozo, dentro de las poblaciones, y de quince metros en el campo entre la nueva excavación y los pozos, estanques, fuentes y acequias permanentes de los vecinos.*

Como se ve, hay limitaciones de uso privado de este tipo de extracción de agua. Y, es la Procuraduría General de la República la que amplía diciendo:

> *" Doctrinariamente se afirma que el concepto de recurso hídrico comprende todas las posibles dimensiones físicas del agua y que es un bien multifuncional, donde están presentes distintos valores: el económico, que se traduce en su aptitud para satisfacer necesidades humanas; el ambiental, que representa su carácter fundamental para el equilibrio de los ecosistemas y la calidad de la vida humana; y el sociocultural, que se refiere a la importancia del agua para la identidad y la configuración del modo de vida de la humanidad.*
>
> *Estos valores sirven para explicar, en parte, la protección acentuada que le brinda el ordenamiento jurídico al recurso natural que centra la discusión de la presente consulta y el imperativo de las instituciones competentes en la materia en tutelar y velar porque se haga un uso racional y prudente de un bien esencial destinado a satisfacer más que ningún otro las necesidades vitales.*
>
> *Desde una perspectiva jurídica, el agua presenta en nuestros medios tres perfiles muy definidos. De entrada, prima su consideración como un derecho fundamental, ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional y ordinaria patria. En segundo lugar, su carácter de bien de dominio público y finalmente, el esquema de servicio público al que queda sujeto, con carácter general, su prestación o suministro. Existe, por tanto, un triple condicionamiento a toda actuación del Estado en la materia que configura la especial protección que se le deba dar para garantizar su conservación y sobre todo, las condiciones para su óptimo aprovechamiento."*[6]

## 2.3. Canon por Concepto de Aprovechamiento de Agua

El artículo 2 del Decreto Ejecutivo Nº 32868 MINAET*, Canon por Concepto de Aprovechamiento de Aguas*, de 24 de agosto de 2004, y sus reformas, determina que, según lo dispuesto en la Ley de Aguas Nº 276 del 26 de agosto de 1942, y la Directriz 035-MINAE, todos los ciudadanos de la República, personas físicas o jurídicas, públicas y privadas incluyendo a las instituciones de gobierno que aprovechan el agua bajo la figura legal de una concesión administrativa o autorización, cualquiera que sea el título en que amparen sus derechos, para el aprovechamiento de aguas en cualquiera de sus modalidades de uso, deberán cancelar los respectivos montos por concepto de canon.

[6] Datos tomados de la Procuraduría General de la República. C-218-2017 22 de setiembre de 2017.

Para efectos de la gestión de cobro se agrupan los usos en las siguientes grandes categorías principales, a saber: **a**. Consumo Humano: **b**. Industrial, **c**. Comercial **d**. Agroindustrial, **e**. Turístico, **f.** Agropecuario, **g**. Acuicultura**, h**. Fuerza Hidráulica.

Asimismo, en el artículo 3 se refiere a que el canon por concepto de aprovechamiento de aguas contempla el valor de uso y el servicio ambiental de protección al recurso hídrico.

Por su parte el artículo 4 inquiere que el canon de aprovechamiento se calcula diferenciando los diversos usos, y considerando el valor agregado de las aguas subterráneas. Asimismo, contempla los costos: administrativos de gestión, monitoreo hidrológico y meteorológico, planificación, control, investigación, así como los costos de conservación, mantener, recuperar los ecosistemas y las cuencas hidrográficas, en las zonas de importancia de régimen hídrico, como las áreas silvestres protegidas del Estado.

El artículo 5 se refiere a aspectos técnicos para determinar el valor del canon. En tal sentido dispone:

> *Artículo 5º—Toda persona física o jurídica, pública o privada, deberá reconocer, el pago del canon de aprovechamiento de agua al Ministerio del Ambiente y Energía a través de su Departamento de Aguas, el cual se cobrará con base al volumen, en unidades de metros cúbicos anual, asignado en concesión o inscrito conforme el Registro Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Cauces. El canon anual será el resultado del producto del volumen de agua asignado en concesión o inscrito, por el valor del canon para cada uso y diferenciado según se trate de agua superficial o subterránea, mediante la fórmula, Canon anual = (Volumen de Agua en metros cúbicos por año) X (colones por metro cúbico para agua superficial o subterránea), donde los valores de colones por metro cúbico están dados en el siguiente pliego:*

| ***( 1 ) Uso*** | ***(2) Canon (Colones / m³)*** | ***(2) Canon (Colones / m³)*** |
|---|---|---|
| ***Consumo Humano*** | *1,46* | *1,63* |
| ***Industrial*** | *2,64* | *3,25* |
| ***Comercial*** | *2,64* | *3,25* |
| ***Agroindustrial*** | *1,90* | *2,47* |
| ***Turismo*** | *2,64* | *3,25* |
| ***Agropecuario*** | *1,29* | *1,40* |
| ***Acuicultura*** | *0,12* | *0,16* |
| ***Fuerza Hidráulica*** | *0,12* | *–* |

Los artículos 10 y 11 del mismo Decreto Nº 32868 MINAET, se refieren a la forma de la implementación del pago del canon; y es el artículo 29 el que interesa para efecto de este Informe, el cual señala literalmente lo siguiente:

*Artículo 29.-Conforme el artículo 6 de la Ley de Aguas, los pozos artesanales correspondientes a los excavados manualmente con pico y pala, con características de diámetro mínimo de un metro y profundidad máxima de 30 metros, con fin de extraer agua para destinar el uso doméstico, no requieren de concesión para su aprovechamiento, por tanto no les cubre el pago por concepto de canon de aprovechamiento de agua. (subrayado no es del original)*

Hemos traído a colación este artículo del Decreto, pues el artículo único que nos presenta el proyecto de ley aparentemente no refiere a este tipo de pozo, el artesanal, sino a los pozos mecánicos que sí son susceptibles de pagar el canon.

## III.- ANALISIS JURÍDICO DEL ARTÍCULO ÚNICO

El artículo único de la iniciativa pretende que las personas físicas y jurídicas que posean pozos perforados sin que estos hayan sido debidamente autorizados cuenten con un plazo máximo de un año a partir de la entrada de vigencia de esta ley, para presentar la solicitud de inscripción a la Dirección de Aguas del MINAE con el fin de formalizarlos, registrarlos y pagar el canon que corresponda.

### Algunos antecedentes legislativos y reglamentarios

El contenido de la norma propuesta ya ha sido de conocimiento en la Asamblea Legislativa, mediante los expedientes N° 17.742 y N° 17.694; por lo que se presenta a continuación un cuadro comparativo con el fin de comprender en mejor dimensión la similitud de las 3 iniciativas. Como se podrá observar la única diferencia se puede notar en la parte final del párrafo, la cual se refiere a la presentación de la solicitud de la concesión, que en el primer caso indica que se haría de conformidad con lo establecido en la Ley, y en el segundo caso se realizaría conforme a la solicitud.

En lo referente a lo estipulado como artículo único del expediente N° 21.061 el cambio observado se refiere a que la solicitud de inscripción deberá hacerse ante la Dirección de Aguas del MINAE con el fin de formalizarlos, registrarlos. Además establece por primera vez, a diferencia de los proyectos anteriores, el pago del canon que corresponda para que se permita una adecuada administración y protección del recurso hídrico.

**Cuadro comparativo entre los expedientes 17742, 17694 versus el Exp 21061[7]**

| Ley para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico Expediente n° 17742 | Expediente n° 17694 | Expediente n° 21.061 |
|---|---|---|
| TRANSITORIO III.- Aquellas personas que posean | TRANSITORIO III.- Aquellas personas que posean | Las personas físicas y jurídicas que posean pozos perforados |

[7] Elaboración propia

| | | |
|---|---|---|
| pozos perforados sin la debida autorización, contarán con un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, para la presentación de la solicitud de concesión conforme a lo establecido en esta Ley. | pozos perforados sin la debida autorización, contarán con un plazo máximo de un año a partir de la vigencia de esta Ley, **para presentación conforme de la solicitud de concesión.** | sin la debida autorización contarán con un plazo máximo de un año a partir de la entrada de vigencia de esta ley, para presentar la solicitud **de inscripción a la Dirección de Aguas del MINAE con el fin de formalizarlos, registrarlos y pagar el canon que corresponda, para que se permita una adecuada administración y protección del recurso hídrico.** |

Resulta relevante indicar que el contenido de la norma propuesta también ha sido objeto de inclusión en dos Decretos Ejecutivos emitidos en los años 2002, el N ° 30387-MINAE-MAG, publicado en la Gaceta 104 del 31 de mayo 2002, y en el 2010 el Nº 35882-MINAET, denominado "Reglamento de registro de pozos sin *número y habilitar el trámite de concesión de aguas subterráneas*".

**Rectoría del MINAE**

Continuando con el análisis jurídico del artículo único, es importante tener conocimiento que de conformidad con la Ley Nº 276 del 27 de agosto de 1942, en sus artículos 17, 21, 27, 176, 177 y 178, el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones es el ente rector del recurso hídrico, y le corresponde disponer y resolver sobre su dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia de las aguas. Esta rectoría comprende al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento, este último, en lo que concierne a aguas subterráneas.

Este concepto de rectoría del recurso hídrico en manos del MINAET ha sido acreditado también por la Procuraduría General de la República cuando afirmo que *(...) la conservación del recurso hídrico y su tratamiento como parte de los bienes del Estado, la competencia* rectora la ostenta el Ministerio del Ambiente y Energía (...)" "[8], en el mismo texto en Ente Procurador manifestó que (...) el Ministerio del Ambiente y Energía es el ente rector (...) en la conservación del recurso natural agua (...)".[9]

**Ambigüedad en cuanto al sujeto beneficiario**

El artículo menciona "personas físicas y jurídicas" lo que hace suponer que se refiere a personas privadas, particulares que posean pozos perforados. Aunque eventualmente, debería abrir el legislador de la oportunidad de inscripción también

[8] dictámenes C-019-98 de 6 de febrero de 1998
[9] C-042-99 de 19 de febrero de 1999,

para las Administraciones públicas, nacionales o locales que no tengan inscritas perforaciones mecánicas para la extracción de aguas.

**Pozo perforado**

El artículo planteado también es poco preciso en cuanto al tipo o categoría de pozo, de hecho, los pozos mecánicos que no se hacen con pico y pala –artesanales- son los que según la ley y decretos pagarían canon. El proyecto simplemente dice "…posean pozos perforados sin la debida autorización…" Evidentemente, tomando en cuenta la palabra "perforados", nos lleva a descartar los otros.

Esto se liga a que el proyecto, al referir perforación de pozos, y en consecuencia de la exploración y aprovechamiento de aguas subterráneas, debe considerarse el "*Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Exploración y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas*" Nº 35884-MINAET, mismo que sirve de base a los sujetos interesados de concesión u autorización, los que deben hacer solicitudes ante la Dirección de Agua del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET).

El citado reglamento en su artículo 15 se refiere a los requisitos y procedimientos para la obtención de los permisos de exploración y aprovechamiento de aguas subterráneas, destacando el hecho de que sea el propietario registral del inmueble donde se pretende aprovechar el agua, quien debe presentarse con la solicitud de concesión de aprovechamiento de aguas ante la Dirección de Agua del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET), y completar el formulario correspondiente, con datos personales del solicitante, y de la propiedad, así como los datos de la perforadora contratada, localización cartográfica del sitio de perforación, así como los estudios técnicos correspondientes. Pero si los pozos ya están perforados pero sin autorización, el proyecto de ley remite al cumplimiento de los requisitos de inscripción, lo cual los llevaría a un estadio de registro adecuado frente a la Administración.

Ahora, como garantía para facilitar las atribuciones de dominio, gobierno y vigilancia de las aguas del dominio público, así como para garantizar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y demás requerimientos que solicita la Dirección de Aguas a quien pretende beneficiarse con la obtención de los permisos de exploración y aprovechamiento de aguas subterráneas, la ley establece que deberá llevarse un registro en el cual se inscribirán todas aquellas personas o empresas que tengan como actividad la perforación de pozos. Lo anterior de conformidad con el Decreto 35669-MINAET publicado en La Gaceta Nº 3 del 04 de enero de 2010.

Además, según lo establece el Decreto Nº 35884-MINAET, en su artículo 5, u*na vez recibido el formulario debidamente lleno y con todos los requisitos* establecidos al efecto, se procederá a su revisión y posterior inscripción en el

Registro de Empresas Perforadoras que debe operar y administrar la Dirección de Agua y procederá en el plazo de 30 días al otorgamiento de la respectiva licencia para el ejercicio de la actividad de perforación del subsuelo con fines de exploración y aprovechamiento de aguas subterráneas. La licencia se extenderá por un período de cuatro años.

En materia de perforación y excavación de pozos, tenemos que tener presente, que además de los que refiere el artículo 15 y siguientes del Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Exploración y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas Nº 35884-MINAET, también, como ya apuntamos, existen los denominados pozos artesanales a los que se refiere la Ley de Aguas Nº 276, en su artículo 37, cuando establece que: "*Son servicios domésticos el suministro de agua para satisfacer las necesidades de los habitantes, el riego de cultivos de terrenos que no excedan de media hectárea; el lavado de atarjeas y el suministro de aguas para surtir bocas contra incendios*."

El Reglamento Nº 35884-MINAET también se refiere a los pozos artesanales en su artículo 36, cuando señala que: "*En el caso de los pozos excavados manualmente (artesanales), cuando el uso del agua sea doméstico según lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Aguas Nº 276 del 26 de agosto de 1942, el propietario deberá inscribirlo en el Registro Nacional de Concesiones de Aguas, que al efecto administra la Dirección de Agua, llenando el formulario respectivo. De dársele otros usos diferentes al doméstico deberá solicitar la respectiva concesión.*"

Tal y como se desprende de lo que ha sido expuesto, existe un compendio de disposiciones legales y reglamentarias para que quienes tengan interés en la perforación de pozos de agua lo hagan siguiendo lo que la legislación y la reglamentación costarricense solicitan al efecto. Sin embargo, pese a la existencia de un marco jurídico regulatorio en materia de perforación de pozos, encontramos que aún continúan coexistiendo gran cantidad de pozos perforados sin que hubiesen contado en su momento con los permisos correspondientes para la excavación de los mismos.

Lo anterior constituye un grave problema no solo de ilegalidad, sino de atención a temas de salud pública, pues en estas condiciones, al margen de la ley, y en la clandestinidad, puede ocurrir que las captaciones no sean del todo salubres, y en consecuencia perjudicar la salud de las personas que pretenden beneficiarse del pozo perforado.

Ante el escenario descrito, mismo que lleva como intención el presente proyecto de ley, el Estado costarricense ha procurado enmendar la situación, en principio mediante la promulgación de dos decretos ejecutivos en los años 2002 y 2010 respectivamente.

En el caso del año 2002, se emitió el decreto ejecutivo N ° 30387-MINAE-MAG, publicado en la Gaceta 104 del 31 de mayo 2002, determinó mediante su artículo 22 que:

> *"Todos los pozos perforados con maquinaria o equipo especializado antes de la promulgación del presente Reglamento y que no hayan contado con el permiso de perforación, ni cuente en la actualidad con el derecho de uso del agua, deberán ser legalizados solicitando la concesión de aprovechamiento de aguas respectiva en el Departamento de Aguas. El cual procederá a tramitar previa audiencia al SENARA y al A y A de conformidad con los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de este Reglamento. Se abrirá un* ***período de seis meses*** *para que se pongan a derecho, después de este período todo aprovechamiento de aguas subterráneas que se realice por medio de un pozo perforado y no cuente con la concesión de explotación respectiva se penará conforme a nuestra legislación vigente, procediéndose a su inmediato cierre o sellado."*

En el 2010 se publicó el Decreto Nº 35882-MINAET, denominado "*Reglamento de registro de pozos sin número y habilitar el trámite de concesión de aguas subterráneas*" el cual el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, habilitó la posibilidad de que a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privada pudieran inscribir los pozos que se hayan perforado sin autorización y solicitar su respectiva concesión de aprovechamiento de agua.

El artículo 2 del citado reglamento determina que el mismo tiene por objeto establecer el procedimiento para la inscripción y registro regulado de pozos perforados sin permiso y el trámite respectivo para la obtención de la concesión de aguas. Por su parte, los artículos 5 y 7 respectivamente, se refieren a los requisitos generales para la inscripción del pozo y trámite de concesión; así como a los requisitos especiales para la inscripción del pozo y trámite de concesión.

En su artículo 4 se estableció que:

> *" (…) Todos los pozos perforados con maquinaria o equipo especializado* ***antes de la promulgación del presente reglamento****, que no haya contado con el respectivo permiso de perforación del MINAET; deberán ser inscrito en este Ministerio, solicitando conjuntamente la inscripción y respectiva concesión ante la Dirección de Agua,* ***dentro del plazo de un año*** *a partir de lo dispuesto en el artículo 15 del presente Reglamento".*

Por su parte, el artículo 15 del citado Decreto se refiere al proceso de registro, inscripción y trámite de concesión de pozos perforados sin permiso. Al respecto determina que "este proceso iniciará en el plazo de cuatro meses a partir de la publicación del presente Decreto en el Diario Oficial La Gaceta."

Tal y como se ha venido exponiendo, la propuesta de ley hace referencia a pozos perforados sin la debida autorización, situación muy similar a la que se enfrentaba en los años 2002 y 2010, cuando se emitieron los decretos señalados anteriormente. Sin embargo, en esta oportunidad se pretende realizar mediante una norma con rango legal. Tenemos que el plazo es igual al estipulado en el Decreto del 2010, así como, al que plasmaron en su momento las iniciativas de ley N° 17694 y N° 17742.

**Recomendaciones puntuales:**

En virtud de las consideraciones que han sido expuestas, es criterio de esta asesoría lo siguiente:

1. **Antecedentes de la propuesta**: El contenido de la iniciativa de ley podría ser resuelto mediante la emisión de un Decreto Ejecutivo en similares términos en que se determinó en los años 2002 y 2010, mediante los Decretos N ° 30387-MINAE-MAG, publicado en la Gaceta 104 del 31 de mayo 2002, y el Decreto Nº 35882-MINAET, denominado "*Reglamento de registro de pozos sin número y habilitar el trámite de concesión de aguas subterráneas*"

2. **Constitucionalidad y legalidad de la propuesta**: Es criterio de esta asesoría que la propuesta contenida en el artículo único de esta iniciativa se encuentra acorde al marco de la legalidad costarricense, y consecuentemente su aprobación puede proceder si así lo determinación por razones de oportunidad y conveniencia las señoras y señores diputados, siempre que su redacción se precise de mejor forma. Sin embargo, en cuestión de TECNICA LEGISLATIVA, se evidencia que el legislador no lo hace como agregado de un Transitorio a la Ley de Aguas, sino como un artículo aislado, como una ley nueva pero de tipo transitorio, separada de la principal; en ese sentido, lo recomendable era hacer la afectación en la Ley No 276.

3. **Inclusión de las instituciones de gobierno**: Consideramos, asimismo, que la norma debe ser complementada con otros actores que también forman parte de quienes se benefician de los pozos perforados; y que podrían estar dentro de los casos a los que hace referencia la ley; o sea que aún no están registrados ante la Dirección de Agua, quedando en condición de ilegalidad. Nos referimos a las instituciones de gobierno y eventualmente municipalidades. Dichas instituciones y corporaciones han sido mencionadas, por ejemplo en el Decreto Nº 32868 MINAET, el cual en su artículo 2 determina que conforme lo dispuesto en la Ley de Aguas Nº 276 del 26 de agosto de 1942 y la Directriz 035-MINAE publicada en La Gaceta Nº 217 del 5 de noviembre del 2004, todos los ciudadanos de la República, personas físicas o jurídicas, públicas y privadas incluyendo a las instituciones de gobierno.

4. **Sobre el vencimiento del plazo de un año:** Consideramos oportuno que en la norma se aclare qué ocurrirá con aquellos pozos que al finalizar el año de tránsito al que se refiere al artículo, no se presenten ante la Dirección de Aguas del MINAET, razón por la cual continúan en condición de ilegalidad. Debería haber algún tipo de sanción de multa o de cierre o clausura del pozo.

5. **Sobre el pago del canon:** En relación a lo indicado en el artículo único de la iniciativa, en el sentido que una consecuencia de la inscripción de pozos perforados es, además, formalizar el pago del canon que corresponda, nos permitimos expresar lo siguiente:

   La redacción de la norma no es clara, pues se refiere al pago del: "*canon que corresponda"* en términos muy vagos e imprecisos, lo cual deja la duda en el operador jurídico sobre la norma –ley o decreto a aplicar-; y en consecuencia podría conducirse a un escenario de inseguridad jurídica[10]. Esta asesoría es del criterio que esta circunstancia, que es propia del principio de legalidad tributaria, debe ser aclarada antes de cualquier aprobación de la iniciativa. Lo correcto sería indicar que se refiere al canon que se encuentra regulado mediante el Decreto Nº 32868 MINAET.

   No obstante lo anterior, nos parece importante dejar plasmado en este informe las disposiciones vigentes en materia del cobro del canon por concepto de aprovechamiento de agua regulado por el Decreto Nº 32868 MINAET, el cual en su artículo 2 determina que conforme lo dispuesto en la Ley de Aguas Nº 276 del 26 de agosto de 1942 y la Directriz 035-MINAE publicada en La Gaceta Nº 217 del 5 de noviembre del 2004, todos los ciudadanos de la República, personas físicas o jurídicas, públicas y privadas incluyendo a las instituciones de gobierno que aprovechan el agua bajo la figura legal de una concesión administrativa o autorización, cualquiera que sea el título en que amparen sus derechos, para el aprovechamiento de aguas en cualquiera de sus modalidades de uso, deberán cancelar los respectivos montos por concepto de canon. Y, para efectos de la gestión de cobro se agruparán los usos en las siguientes grandes categorías principales, a saber: **a.** Consumo Humano, **b**. Industrial, **c.** Comercial, **d.** Agroindustrial, **e.** Turístico, **f**. Agropecuario, **g**. Acuicultura: **h**. Fuerza Hidráulica.

   Asimismo, en el artículo 5 determina que *"Toda persona física o jurídica, pública o privada, deberá reconocer, el pago del canon de aprovechamiento de agua al Ministerio del Ambiente y Energía a través de su Departamento de Aguas, (…)"*

[10] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Nº 2000-000878.

En adición, según lo estipulado en el artículo 10, el canon se implementará gradualmente en un período de siete años. En el caso de los usos de consumo humano, industrial, comercial, agroindustrial, turismo, agropecuario y acuicultura el primer año se cobrará el 10% del valor total; incrementándose en forma acumulada cada año un 15% del valor en los restantes seis años, hasta alcanzar en el año siete el 100% del canon.

En esa lógica de incremento gradual, según el artículo 11, a partir del octavo año el Ministerio del Ambiente y Energía aplicará un incremento a los valores del canon total en cada uno de los usos, calculado con base en la inflación acumulada del año anterior, conforme los datos del Banco Central y regirá a partir del mes de enero de cada año siguiente.

Debemos recordar que dado que el Decreto data del 30 de enero del año 2006, los incrementos graduales han sido aplicados.

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, es criterio de esta asesoría que la redacción de la norma debe estipular de manera expresa la norma habilitante para el cobro del canon, y lo pertinente es que se exprese en la ley los rangos de dichos cánones.

## IV.- ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA

1. El título debería decir: “Ley Transitoria para registrar pozos perforados no inscritos”
2. Debería ser en buena técnica un Transitorio a la Ley de Aguas, Ley N° 276 y no una ley de naturaleza aislada, aunque no hay impedimento para que el legislador la dicte de esa forma.
3. Hacer la relación o vinculo a la normativa referente al canon.
4. Determinar con mayor claridad los sujetos beneficiarios pues hay un mayor elenco de actores públicos y privados.

## V.- ASPECTOS DE TRÁMITE LEGISLATIVO

### Votación

De conformidad con el artículo 119 constitucional, este proyecto de ley necesita para su aprobación de la mayoría absoluta de los votos presentes. Esto por cuanto no se trata del agua como bien demanial, sino de los pozos perforados que no son para dotar a usuarios de servicio público, los cuales además son regulados por la ARESEP.

**Delegación**

Por no contemplar las excepciones previstas en el artículo 124 de la Constitución Política, este proyecto puede ser delegado a una Comisión Legislativa Plena.

**Consultas**
**Obligatorias**

- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AyA)
- Empresa de Servicios Públicos de Heredia.
- Municipalidades del país, especialmente las administradoras de acueductos
- Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago.
- Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento (Senara).

**Facultativas**

- Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET)

## VI.- FUENTES CONSULTADAS

### Asamblea Legislativa de Costa Rica

**Leyes de la República**

- ✓ Constitución Política de Costa Rica.
- ✓ Ley de Aguas N° 276 del 27 de 8 de 1942.

**Expedientes:**

- ✓ Expediente N° 17.694
- ✓ Expediente N° 17.742

### Poder Ejecutivo

**Reglamentos**

- ✓ Reglamento Orgánico del Poder Ejecutivo Decreto 34582-MP publicado en La Gaceta Nº 126 del 1º de julio del 2008.
- ✓ Decreto Ejecutivo Nº 35884-MINAET Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Exploración y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas.
- ✓ Decreto Ejecutivo 35669-MINAET Reglamento Orgánico del Ministerio de Ambiente y Energía.
- ✓ Decreto Ejecutivo Nº 32868 Reforma al Decreto Ejecutivo N° 32868-MINAE, Canon por Concepto de Aprovechamiento de Aguas.
- ✓ Decreto Ejecutivo N ° 30387-MINAE-MAG Reglamento de Perforación y Exploración de Aguas Subterráneas.

- ✓ Decreto Ejecutivo Nº 35882-MINAET Reglamento de registro de pozos sin número y habilitar el trámite de concesión de aguas subterráneas.
- ✓ Decreto Ejecutivo Nº 32868 Reforma al Decreto Ejecutivo N° 32868-MINAE, Canon por Concepto de Aprovechamiento de Aguas.
- ✓ Directriz 035-MINAE publicada en La Gaceta Nº 217 del 5 de noviembre del 2004.

**Poder Judicial**

**Sala Constitucional**

- ✓ Sentencias sobre derecho humano al agua: 4654/2003, 7779/2004, 4879/2010, 15676/2010, 21505/2010, 1758/2011, 3579/2011, 6221/2011, 9075/2011, 05964/2013, 2308/2015, 3942/2015, 10040/2015, 15410/2015, 15442/2015, 15762/2015, 16447/2015, 422/2016, 450/2016, 1843/2016, 3176/2016.
- ✓ Sentencia N° 04654-2003.
- ✓ Sentencia Nº 00878-2000.
- ✓ Sentencia N° 06922-2010.

**Procuraduría General de la República**

- ✓ C-218-2017.

Elaborado por: azo
/*lsch// 8-3-2019
C. Archivo