ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

PROYECTO DE LEY

LEY PARA AUTORIZAR EL APROVECHAMIENTO DE AGUA PARA CONSUMO HUMANO Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS EN EL PATRIMONIO NATURAL DEL ESTADO

VARIOS SEÑORES DIPUTADOS
Y SEÑORAS DIPUTADAS

EXPEDIENTE N.º 20.447

DEPARTAMENTO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS
UNIDAD DE PROYECTOS, EXPEDIENTES Y LEYES

PROYECTO DE LEY

LEY PARA AUTORIZAR EL APROVECHAMIENTO DE AGUA PARA CONSUMO HUMANO Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS EN EL PATRIMONIO NATURAL DEL ESTADO

Expediente N.º 20.447

ASAMBLEA LEGISLATIVA:

Desde la promulgación de la Ley de Aguas, N.° 276 de 27 de agosto de 1942, y sus reformas, el legislador reconoció y estableció un carácter prioritario y privilegiado del agua para consumo humano. Este reconocimiento expreso quedó plasmado en el artículo 27 de dicho marco normativo, al señalar:

> En la concesión de aprovechamientos especiales de aguas públicas, se observará el siguiente orden de preferencia:
> I.- Cañerías para poblaciones cuyo control quede a cargo del Ministerio de Salubridad Pública (…)

Posteriormente, la Ley General de Salud ratifica esa priorización de uso al disponer lo siguiente:

> Artículo 264.- El agua constituye un bien de utilidad pública y su utilización para el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.

Adicionalmente, y a lo largo del tiempo, la Sala Constitucional ha desarrollado a profundidad jurisprudencia relativa al acceso al agua potable y el saneamiento de aguas residuales, considerándoles derechos humanos fundamentales y plasmando un deber ineludible del Estado en la procura del acceso universal a dichos servicios, como parte de la tutela del derecho a la vida, la salud y el goce de un ambiente sano.

En ese sentido, es relevante citar alguna jurisprudencia de interés elaborada por la Sala Constitucional:

Sobre el reconocimiento del agua como derecho fundamental, las correspondientes acciones para su garantía, señala dicho órgano en la Sentencia 2010-6922 de las catorce horas treinta y cinco minutos del dieciséis de abril de dos mil diez.

> 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.

Asimismo, en la Resolución N.° 2000-010276 del veintiuno de noviembre de dos mil, del mismo Tribunal Constitucional se relaciona el derecho al agua potable con el derecho a la salud, aduciendo como responsabilidad de los órganos del Estado la instalación del servicio de agua para garantizar ambas prerrogativas:

> Pues bien, la citada resolución de esta Sala a la que ha apelado el recurrente, señala que el derecho a la salud, que es un **derecho** fundamental del ser **humano**, depende del **acceso** a **agua** potable, lo que se ha constituido en doctrina constante de este Tribunal respecto de ese derecho, como que éste no puede depender de no contarse con los permisos necesarios. Otra doctrina, ha señalado que el Estado no solo tiene la responsabilidad ineludible de velar para que la Salud de cada una de las personas que componen la comunidad no sufra daños por parte de terceros, en relación con esos derechos, sino, que debe asumir la responsabilidad de lograr las condiciones sociales propias a fin de que cada persona pueda disfrutar de su salud: física y mental, etcétera, con lo cual se procura alcanzar la mejor calidad de vida de los individuos. Esto significa, que los reparos de orden legal que parecen rodear a la propiedad donde habita el recurrente, entre otros, según dice el informante, no merecen una consideración de parte de la Sala, pues, para esto se dispone de la jurisdicción común. Por último, la doctrina constitucional también ha establecido que aun cuando ha aceptado la suspensión del servicio de agua potable por la demora en el pago, por ejemplo, solo podrá hacerse cuando exista una fuente pública de la cual el abonado pueda abastecerse. En consecuencia, a partir de lo dicho, no hay duda de que haber denegado la instalación del servicio de agua al demandante de amparo por parte de la Municipalidad de Barva que resulta del derecho a obtener prestaciones oportunas e idóneas para satisfacer los aspectos relacionados con la salud, por criterios legales o cualquier otro opuesto al derecho de la Constitución, ha contravenido aquella doctrina que deriva del derecho a la vida contenido en el artículo 21 de la Constitución Política, consecuencia de lo cual, debe acogerse el amparo que se demanda.

La Sala Constitucional resalta, en la Resolución N.º 2006-002300 de las nueve horas treinta y un minutos del veinticuatro de febrero de dos mil seis, el reconocimiento del derecho humano al agua en diversos instrumentos

internacionales ratificados por Costa Rica, elevando aún más el rango de cumplimiento del mismo.

> (…) III.- SOBRE EL ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. Este Tribunal ha reconocido en su jurisprudencia que el derecho a la salud y a la vida, son derechos fundamentales del ser **humano** que dependen del **acceso** al **agua** potable y que los órganos competentes tienen la responsabilidad ineludible de velar para que la sociedad como un todo no vea mermados los mismos. Así, la Sala ha dispuesto, anteriormente, que como parte del Derecho de la Constitución, existe un derecho fundamental al suministro de agua potable, así, en aquella oportunidad se dispuso en lo conducente: "(…) V.- La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica: así, figura explícitamente en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 14) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24); además, se enuncia en la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo (principio 2), y se declara en otros numerosos del Derecho Internacional Humanitario. En nuestro Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el país se encuentra particularmente obligado en esta materia por lo dispuesto en el artículo 11.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador" de 1988), el cual dispone que: "Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos". Además, recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Culturales y Sociales de la ONU reiteró que disponer de agua es un derecho humano que, además de ser imprescindible para llevar una vida saludable, es un requisito para la realización de todos los demás derechos humanos. VI.- Del anterior marco normativo se deriva una serie de derechos fundamentales ligados a la obligación del Estado de brindar los servicios públicos básicos, que implican, por una parte, que no puede privarse ilegítimamente de ellos a las personas, pero que, como en el caso del agua potable, no puede sostenerse la titularidad de un derecho exigible por cualquier individuo para que el Estado le suministre el servicio público de agua potable, en forma inmediata y dondequiera que sea, sino que, en la forma prevista en el mismo Protocolo de San Salvador, esta clase de derechos obligan a los Estados a adoptar medidas, conforme lo dispone el artículo primero del mismo Protocolo: "Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de

> desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo (…).

Sobre el mismo aspecto, se reitera en la Resolución 2006-06335 de las dieciséis horas con cuarenta minutos del diez de mayo de 2006, donde se hace un repaso por la tutela de este derecho en acuerdos supranacionales:

> X.- SOBRE El **ACCESO** AL **AGUA** POTABLE COMO **DERECHO HUMANO**. En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar de Plata en 1977, se reconoció y se sentaron las bases para asumir el compromiso de alcanzar el acceso universal de todos los pueblos al agua potable. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU, de 1986, incluyó un compromiso por parte de los Estados de asegurar la igualdad de oportunidades para todos para disfrutar de los recursos básicos. La Declaración sobre el agua potable y el saneamiento para el decenio de 1990, celebrada en Nueva Delhi, India, del 10 al 14 de septiembre de 1990, organizada por el programa de las Naciones Unidas para el desarrollo reconoció lo siguiente como primer principio rector:
>
> El agua potable y los medios adecuados de eliminación de desechos son esenciales para mantener el medio ambiente y mejorar la salud humana y deben ser el eje de la gestión integrada de los recursos hídricos.
>
> En la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del Niño, de la Cumbre Mundial a favor de la infancia, celebrada en Nueva York, en ese mismo año, se reconoció la necesidad de fomentar la provisión de agua potable para todos los niños en todas las comunidades y la creación de redes de saneamiento en todo el mundo ((20.2.). En la Declaración de Dublín sobre el agua y el Desarrollo Sostenible, celebrada en 1972, se reconoció lo siguiente:
>
> El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.
>
> En el Programa 21 de la Conferencia de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en río de Janeiro en 1972, reconoció la necesidad de realizar una ordenación global del recurso hídrico (Sección 2, Capítulo 18, 18.6). Por su parte en la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, celebrada en 1995, se reconoció la necesidad de orientar los esfuerzos y políticas a la tarea de superar las causas fundamentales de la pobreza y atender a las necesidades básicas de todos, incluyendo el suministro de agua potable y el saneamiento (Capítulo I - Resoluciones aprobadas por la Cumbre, Segundo compromiso, b.). Sobre este particular también se hizo hincapié en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing (medida 106.x). Por su parte en la Declaración de Marrakech,

> Primer Foro Mundial del Agua, 1997, se reconoció la necesidad de establecer un mecanismo eficaz para la gestión de aguas compartidas, apoyar y conservar los ecosistemas, promover el uso eficaz del agua. El Comentario General sobre el derecho al agua, adoptado en noviembre de 2002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU: E/C.12/2002/11) reconoció lo siguiente:
>
> El derecho humano al agua otorga derecho a todos a contar con agua suficiente, a precio asequible, físicamente accesible, segura y de calidad aceptable para usos personales y domésticos.

Se destaca de la jurisprudencia desarrollada un deber público elemental de garantizar el acceso universal al agua potable. Para cumplir dicho propósito a cabalidad, y de acuerdo con la disponibilidad del recurso, puede darse la necesidad de aprovechar agua en áreas consideradas Patrimonio Natural del Estado. En cuanto a ese aprovechamiento del recurso hídrico, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional también ha desarrollado con claridad que este puede darse incluso dentro del patrimonio natural del Estado. En lo atinente, ha considerado la Sala Constitucional que de existir los estudios técnicos necesarios que lo justifiquen y a la vez resguarden las garantías ambientales, un aprovechamiento de agua en régimen de patrimonio natural del Estado no violentaría el principio de regresión ambiental. Al respecto, en la Sentencia N.° 2014-12887 de las catorce horas y treinta minutos del ocho de agosto de dos mil catorce, a propósito de la consulta facultativa de constitucionalidad interpuesta por varios diputados respecto del expediente legislativo N.° 17.742 denominado proyecto Ley para la Gestión del Recurso Hídrico, indica la Sala:

> ... El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección.
>
> El derecho vale lo que valen sus garantías, **por ello se produce una violación de estos principios cuando el estudio técnico incumple las exigencias constitucionales y técnicas requeridas.** Si tal garantía resulta transgredida, también lo será el derecho fundamental que la garantía protege y es en esa medida, que la reducción de las áreas protegidas sería inconstitucional....

> (….) Es deber de las instituciones públicas de hacer un uso responsable y prudente del recurso hídrico disponible. Lo anterior, conlleva 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.

De lo expuesto se puede concluir que, ante la existencia de un estudio técnico que fundamente y justifique la necesidad de aprovechamiento del recurso hídrico en estas áreas, no se genera un retroceso en el tema de protección ambiental. Para ello, y toda vez que se procure un resguardo de las necesidades del ecosistema, existen herramientas adecuadas para garantizar la sostenibilidad, tal como el "caudal ambiental". El caudal ambiental es un concepto aplicable para una buena gestión del recurso hídrico que, según la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, se ha definido como *".... el régimen hídrico que se da en un río, humedal o zona costera para mantener ecosistemas y sus beneficios donde existen usos del agua que compiten entre sí y donde los caudales se regulan. Los caudales ambientales contribuyen de manera decisiva a la salud de los ríos, al desarrollo económico y a aliviar la pobreza; garantizan la disponibilidad constante de los muchos beneficios que aportan a la sociedad los ríos y los sistemas de aguas subterráneas".*

Debe ponderarse además, dentro del deber público de garantizar el acceso al agua, las características del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como entidad encargada de proveer dicho servicio y, por ende, garantizar el derecho. Es el AYA una institución autónoma con competencias particulares y sin fines lucrativos, sino de interés público.

De conformidad con lo señalado en los artículos 1 y 2 de la Ley N.° 2726, de 14 de abril de 1961, Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, la autonomía y especialidad orgánica de AyA se da con el objeto de *"dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento, desarrollo y resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas*".

Para el cumplimiento de este fin, el Estado dispuso expresamente que AyA puede aprovechar, utilizar, gobernar o vigilar, según sea el caso, **en todo el territorio nacional**, todas las aguas de dominio público indispensables para el debido

cumplimiento de las disposiciones de su ley constitutiva, en ejercicio de los derechos que el Estado tiene sobre ellas, conforme lo indicado en la Ley de Aguas, a cuyo efecto el Instituto se considerará el órgano sustitutivo de las potestades atribuidas en esa ley al Estado, ministerios y municipalidades**.** En ese sentido, dispone la normativa mencionada:

> Artículo 1.-
> Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento y desarrollo y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado.
>
> Artículo 2.- Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados:
>
> f) Aprovechar, utilizar, gobernar o vigilar, según sea el caso, todas las aguas de dominio público indispensables para el debido cumplimiento de las disposiciones de esta ley, en ejercicio de los derechos que el Estado tiene sobre ellas, conforme a la ley número 276 de 27 de agosto de 1942, a cuyo efecto el Instituto se considerará el órgano sustitutivo de las potestades atribuidas en esa ley al Estado, ministerios y municipalidades.

Por su parte, la Ley de Aguas, N.° 276, de 27 de agosto de 1942, en el artículo 17 señala como obligatoria la autorización previa del Minae para el aprovechamiento de aguas, exceptuándose de tal requerimiento al aprovechamiento de aguas destinadas para abastecimiento poblacional, competencia que recae exclusivamente sobre AyA. Aun así, se tiene el deber de informar, para efectos de registro y balance hídrico los caudales que se aprovechan, sin omitir el cumplimiento de las demás obligaciones ambientales.

En lo atinente a las competencias del Instituto de Acueductos y Alcantarillados, ya la Procuraduría ha emitido en varias oportunidades criterio, a propósito de delimitar claramente los ámbitos de acción. En ese sentido, se cita el siguiente extracto del Dictamen C-243-95 de 27 de noviembre de 1995:

> La anterior distinción deja establecida una hipótesis de trabajo cual es el considerar que el AYA tiene una competencia específica en materia de lo que está relacionado con los acueductos -suministro de agua potable- y alcantarillados -recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, y pluviales-. De suerte tal que, en dicho ámbito, se despliegue con toda intensidad la naturaleza de institución autónoma, siendo por consecuencia el ente rector de tal objeto normativo. Conjuntamente, ostenta potestades (deberes) relacionados con esa función genérica, fundamentalmente en materia de fiscalización de otros

prestadores del servicio y determinadas obligaciones en cuanto a la protección y preservación del recurso hídrico. Cabe preguntarse ahora si con la promulgación de otros cuerpos normativos ese cúmulo de facultades fue afectada al punto de existir una derogación tácita de las mismas. También cabe considerar la posibilidad de que se hayan otorgado competencias a otros órganos públicos que inciden sobre aspectos relacionados con el agua como recurso natural y el modo en que esto afecta o no todo el conjunto de atribuciones ya reseñadas que están asignadas al Instituto. En primer término, debe indicarse que, la materia relacionada con concesiones de aprovechamiento de las aguas públicas es una competencia que nunca ha estado en la órbita de las atribuciones del AYA. A este efecto, conviene citar el siguiente numeral de la Ley de Aguas (Ley Nº 276 de 27 de agosto de 1942) que brinda claridad sobre el punto:

Artículo 17. Es necesaria autorización para el aprovechamiento de las aguas públicas, especialmente dedicadas a empresas de interés público o privado. Esa autorización la concederá el Ministerio del Ambiente y Energía en la forma que se prescribe en la presente ley, institución a la cual corresponde disponer y resolver sobre el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia sobre las aguas de dominio público, conforme a la ley Nº 258 de 18 de agosto de 1941. Exceptúense las aguas potables destinadas a la construcción de cañerías para poblaciones sujetas al control de la Secretaría de Salubridad Pública, según ley número 16 de 30 de octubre de 1941.

La anterior disposición normativa ha contenido las atribuciones de disponer y resolver sobre el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia sobre las aguas de dominio público..." desde su promulgación en el año 1942, potestades que en virtud de la Ley Nº 7593 son trasladadas al Ministerio de Ambiente y Energía. El hecho de que este último conjunto normativo únicamente varíe el nombre del órgano titular de las competencias no obsta para afirmar que el AyA no tiene función rectora alguna en esta materia, aunque pueda llamar a confusión el inciso f) del numeral 2 de la Ley Constitutiva del AyA. Sin embargo, por constatarse que existe una casi idéntica asignación de atribuciones –“aprovechamiento", “utilización", "gobierno" y “vigilancia" de las aguas de dominio público- es dable concluir que, en la medida que se requiera aprovechar dicho recurso para proyectos de acueductos -suministro de agua potable-, el Instituto conserva las competencias del precitado inciso f). Pero, a los efectos de concesión para otros usos, la competencia no ha estado conferida al AyA, razón por la cual no puede hablarse aquí de derogación tácita.[1] Por ende, es dable concluir que en punto a las

[1] A mayor abundamiento, los artículos 70 y 176 de la Ley de Aguas indican, en lo que aquí interesa, lo siguiente: "Artículo 70. La Nación tiene la propiedad de las aguas que se determinan en el artículo 1 de esta Ley, de los álveos o cauces de las playas y vasos indicados en el artículo 3 así como el de las riberas de los mismos. En consecuencia, la Nación, por medio del Ministerio del Ambiente y Energía, es la única que puede otorgar y regular el aprovechamiento de los bienes indicados,

potestades relativas al aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia de las aguas de dominio público (y consecuentemente las concesiones que puedan darse sobre las mismas) las mismas corresponden al Ministerio del Ambiente y Energía. [2],[3]

El hecho de que la función rectora sobre el precitado recurso natural la ostente el Ministerio no implica, sin embargo, que se hayan eliminado toda obligación del AyA sobre este tema. No se constata que se haya vaciado totalmente el contenido normativo de las potestades del AyA. Sucede que competencias igualmente relacionadas con este recurso natural han sido conferidas a otros órganos. Y, atendiendo a un principio de derecho administrativo como lo es que la interpretación de las normas debe buscar la mejor satisfacción del fin público -artículo 10 LGAP- se concluye que la mejor forma de garantizar el recurso natural agua es coordinando la actividad que sobre él ostentan tanto el AyA como otros repartos de la Administración. Por ende, se estima que las competencias -obligaciones- contenidas en los incisos c) y d) del artículo 2º y 22 de la Ley Orgánica del AyA se mantienen vigentes, debiendo armonizarse con las prescripciones que al efecto fije el MINAE. Lo anterior se sustenta, además, en una interpretación armónica de los precitados incisos con relación a los numerales 60 inciso a), 64, 65 y 85 c) de la Ley Orgánica del Ambiente.

---

de acuerdo con las disposiciones de esta ley. (...)" "Artículo 176. El Ministerio del Ambiente y Energía ejercerá el dominio y control de las aguas públicas para otorgar o denegar concesiones a quienes lo soliciten, de acuerdo a las siguientes reglas: ..."

[2] Lo anterior torna en jurídicamente procedente la emisión del Decreto Ejecutivo N.º 26237-Minae de fecha 19 de junio de 1997, en tanto el mismo regula la actividad del Departamento de Aguas en la óptica ya indicada de ser órgano rector en materia de dominio y aprovechamiento de las aguas públicas.

En lo referente a las eventuales competencias (y consecuentes obligaciones) que tenga el Instituto con respecto a la conservación del recurso hídrico (ver incisos c) y d) del artículo 2, y 22 de la Ley 2726). En este punto, se considera que la **competencia rectora en punto a la conservación del recurso natural agua se encuentran claramente establecidas a favor del Ministerio del Ambiente y Energía**. Ello se deriva de los siguientes disposiciones normativas: en lo que toca a la Ley N.° 7152 (Conversión del Ministerio de Industria, Energía y Minas en Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas) expresamente se define esa función rectora en los siguientes términos:

Artículo 1. El Ministerio de Industria, Energía y Minas se transformará en Ministerio del Ambiente y Energía, (3) y asumirá, en este campo, además de las actuales responsabilidades de aquel, las que la presente ley le asigne. El Ministro será el rector del sector Recursos Naturales, Energía y Minas.

[3] Nombre que se da al Ministerio a consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica del Ambiente, artículo 116.

Artículo 2. Serán funciones del Ministerio del Ambiente y Energía las siguientes :

a) Formular, planificar y ejecutar las políticas de recursos naturales, energéticos, mineras y de protección ambiental del Gobierno de la República, así como la dirección, el control, la fiscalización, la promoción y el desarrollo en los campos mencionados. (...)

ch) Dictar, mediante decreto ejecutivo, normas y regulaciones, con carácter obligatorio, relativas al uso racional y a la protección de los recursos naturales, la energía y las minas.

Las anteriores disposiciones, a su vez, se ven reforzadas en cuanto al recurso hídrico por lo regulado en los artículos 50, 51, 52, 81, 82, 83 y 84 de la Ley Orgánica del Ambiente (Ley N.° 7554, de 4 de octubre de 1995) que indudablemente asignan la rectoría en esta materia al Ministerio del Ambiente y Energía a través de los órganos allí creados (Consejo Nacional Ambiental, Secretaría Ejecutiva del Consejo y Secretaría Técnica Nacional Ambiental).

Cabe recordar que desde los años setentas, cuando se comenzó a crear el marco normativo del sistema de áreas protegidas, con la presentación ante la Asamblea Legislativa del proyecto de ley denominado: Creación del Servicio Nacional de Parques, actual Ley N.° 6084, Ley del Servicio de Parques Nacionales, vigente desde 1977, se consideraba como una función elemental de las áreas protegidas la protección de cuencas para el suministro regulado de aguas potables. En su exposición de motivos, este proyecto que da nacimiento al sistema de parques nacionales costarricense, explicaba:

> Los parques nacionales, incluyendo como tales a los parques históricos y naturales, las áreas recreativas, las reservas científicas y otras reservas equivalentes, constituyen una forma de uso de los recursos nacionales mediante la cual éstos no se consumen, sino que se conservan para suministrar beneficios públicos en forma permanente. Tales beneficios se refieren a aspectos recreativos, científicos, sociales, culturales y económicos, y se basan en la conservación global del patrimonio natural e histórico del país.
>
> Son múltiples las razones por las cuales nuestro país debe contar con un sistema de parques que incluya todas aquellas áreas con recursos de importancia excepcional en los aspectos mencionados. Citaremos en forma muy breve sólo algunos de los más importantes:
> (…)
>
> 6- Protección de Cuencas Hidrográficas
> **Uno de los beneficios de los Parques Nacionales más simples de observar es la protección de cuencas y el suministro de aguas potables en forma regulada**. La reducción de caudales durante la estación seca, las inundaciones en épocas lluviosas y los frecuentes derrumbes, se deben a la alarmante destrucción de cuencas que está sufriendo el país... (Proyecto de ley N.° 4969, 23 de mayo *de 1972).*

De la anterior trascripción se deriva cuál ha sido el espíritu de la Ley de Parques Nacionales, dejando de manera clara y evidente que uno de los principales motivos por los que el legislador ha procurado desde décadas atrás la protección del patrimonio natural del Estado es, precisamente, el que pueda ser aprovechado de manera regulada el recurso hídrico para abastecimiento poblacional.

Las áreas silvestres protegidas (ASP) bajo sus diferentes categorías de manejo son parte integrante del Patrimonio Natural del Estado, que se encuentra constituido, según el artículo 13 de la Ley Forestal, N.° 7575, por los bosques y terrenos forestales de las reservas nacionales, de las áreas declaradas inalienables, de las fincas inscritas a su nombre y de las pertenecientes a municipalidades, instituciones autónomas y demás organismos de la Administración Pública, excepto los inmuebles que garanticen operaciones crediticias con el Sistema Bancario Nacional e ingresen a formar parte de su patrimonio.

Las ASP, según disposición de la Ley Orgánica del Ambiente, en el inciso c) del artículo 35, tiene como uno de los objetivos de su creación el aseguramiento del uso sostenible de los ecosistemas y sus elementos.

Según la disposición del artículo 14 de la Ley Forestal, como patrimonio natural del Estado, las áreas silvestres protegidas se encuentran sometidas a un régimen de dominio público, por lo que son inalienables e inembargables. La posesión de los particulares no causa derecho alguno a su favor, por lo que no pueden inscribir esos terrenos en Registro Público mediante información posesoria y la acción reivindicatoria estatal por ellos es imprescriptible.

> ...La conformación de áreas protegidas bajos las categorías de Reserva Forestal, Refugio de Vida Silvestre Privado o Mixto, Parques Nacionales, Reservas Biológicas y Zonas Protectoras, conlleva a la imposición de un Régimen de propiedad pública bajo la categoría de Patrimonio Forestal del Estado que cambia ipso facto la naturaleza jurídica de los terrenos incluidos dentro del área, esto es de un régimen privado que se manifiesta en diversas formas o estado de tenencia a un régimen público de propiedad Estatal. (Voto No. 2988-99 de 11 horas 57 minutos del 23 de abril de 1999.
>
> Por supuesto que estas características correspondientes al dominio público sólo se aplicarán a aquellos terrenos que sean o hayan ingresado efectivamente al patrimonio estatal, por cuanto los inmuebles de particulares, salvo que se hayan sometido voluntariamente al régimen forestal, siguen guardando su régimen privado hasta su efectiva compra o expropiación para efecto de incluirlos como parte de un área silvestre protegida determinada; y en el caso de las zonas protectoras (reservas forestales y refugios de vida silvestre también), mientras el pago no se haya hecho efectivo, quedan sometidas a un plan de ordenamiento ambiental y posteriormente al plan de manejo, recuperación y reposición de los recursos (doctrina del artículo 37 de la Ley Orgánica del Ambiente)... Dictamen C-334-2002, Procuraduría General de la República.

En el mismo sentido, se hace referencia a parte del análisis que realiza el Órgano Asesor del Estado, en la Opinión Jurídica N.° OJ-022-99 de 19 de febrero de 1999, atinente al tema de aprovechamiento del patrimonio natural, al indicar que: "… con apego a sus postulados, es clara la Ley Forestal, artículo 1°, in fine, al **prohibir,** salvo en los únicos supuestos que admite el artículo 18 ibíd., **la corta o aprovechamiento de los bosques** en áreas silvestres protegidas, propiedad del Estado: parques nacionales, reservas biológicas, manglares, zonas protectoras, refugios de vida silvestre y reservas forestales. El artículo 18 **permite realizar en el patrimonio natural estatal labores de investigación, capacitación y ecoturismo,** aprobadas por el Ministerio del Ambiente y Energía, el que deberá definir, cuando corresponda, la realización de evaluaciones de impacto ambiental,

conforme al Reglamento.

El artículo 18 antes citado señala cuáles actividades están autorizadas, por lo que el principio de legalidad administrativa cierra la posibilidad de realizar otras actividades dentro del patrimonio forestal, que no impliquen aprovechamiento de bosques, tal y como sería el aprovechamiento de recurso hídrico para fines públicos.

Las normas invocadas se compaginan con el numeral 58, inciso b), ibídem, al tipificar como delito, reprimible con prisión de hasta tres años el aprovechamiento de recursos forestales en terrenos del patrimonio natural del Estado y en las áreas de protección para fines distintos a los previstos en la ley.

Las áreas silvestres protegidas se amplían en la Ley Orgánica del Ambiente, artículo 32, a los humedales en general y monumentos naturales (Ver relación con los artículos 37 y 40 ibíd. y 72, inciso c) de la Ley Forestal, reformado por el artículo 114 de la Ley de Biodiversidad, 11 del Reglamento a la Ley Forestal y 2 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre).”

> … De ahí que, con observancia del Principio de Legalidad regulador de la actuación administrativa (Constitución Política, artículo 11; Ley General de la Administración Pública, numerales 11 y 13), **el Estado y los particulares están imposibilitados por mandato legislativo vigente a emprender actividades distintas a las preceptuadas por el artículo 18 de la Ley Forestal**, como **lo sería el desarrollo de aprovechamientos forestales** dentro del patrimonio natural del Estado. La distinción es nuestra. (Dictamen C-103 de 8 de junio de 1998).

En el tema de actividades permitidas de realizar en ASP y particularmente en los parques nacionales, la Ley de Biodiversidad hace remisión expresa a las disposiciones de la Ley del Servicio de Parques Nacionales N.° 6084, de 27 de agosto de 1977, indicando en lo que interesa:

> **Ley de Biodiversidad, Artículo 58.**- Áreas silvestres protegidas: Las áreas silvestres protegidas son zonas geográficas delimitadas, constituidas por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a conservación y proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general.
> Los objetivos, la clasificación, los requisitos y mecanismos para establecer o reducir estas áreas se determinan en la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554 del 4 de octubre de 1995. Las prohibiciones que afectan a las personas físicas y jurídicas dentro de los parques nacionales y las

> reservas biológicas están determinadas, en la Ley de la Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084 del 24 de agosto de 1977.
>
> Durante el proceso de cumplimiento de requisitos para establecer áreas silvestres protegidas estatales, los informes técnicos respectivos deberán incluir las recomendaciones y justificaciones pertinentes para determinar la categoría de manejo más apropiada a que el área propuesta debe someterse. En todo caso, el establecimiento de áreas y categorías tomará muy en cuenta los derechos previamente adquiridos por las poblaciones indígenas o campesinas y otras personas físicas o jurídicas, subyacentes o adyacentes a ella.
>
> **Ley del Servicio Parques Nacionales Artículo 8.-** Dentro de los parques nacionales, **queda prohibido a los visitantes:**
>
> 1) Talar árboles y extraer plantas o cualquier otro tipo de productos forestales.
>
> 14) **Construir** líneas de conducción eléctrica o telefónica, **acueductos** o carreteras o vías férreas (la distinción es nuestra).
>
> **Artículo 12.-**
> No pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permiso para establecer otras instalaciones que las del Servicio.

El artículo trascrito es claro al señalar que la prohibición para la construcción de sistemas de acueductos es exclusivamente para los visitantes, no así para las instituciones públicas.

Por otro lado, atendiendo al espíritu de la ley, es claro que el permitir obras para captación de agua nunca fue ajeno a los propósitos de la ley, por lo que el establecimiento de otras instalaciones se refiere a que no se autorizan otras infraestructuras con fines lucrativos o privativos.

Ahora bien, el tipo de obras que se requiere para aprovechar las aguas superficiales que están constituidas por los arroyos, ríos, lagos, etc. que discurren naturalmente en la superficie terrestre deben ser construcciones civiles de bajo impacto ambiental. Si el área es protegida, es de esperarse que la calidad del agua cruda sea óptima para procesos de filtración lenta, con lo cual se pueden abastecer comunidades que requieran pequeñas cantidades de líquido en el orden de 5 a 10 l/s.

A partir del criterio experto de AyA, si los caudales requeridos por la población son mayores a 10.0 l/s, implicaría la construcción de obras civiles de mayor envergadura, las cuales se realizarían fuera del área silvestre protegida, por lo que resulta pertinente conducir las aguas fuera del área protegida para implementar un

sistema de potabilización, generalmente un sistema de floculación, sedimentación, filtración y desinfección.

Lo expuesto anteriormente nos permite concluir que la intención del legislador en crear áreas silvestres protegidas ha sido un aspecto visionario, de imperiosa necesidad, no solo para la supervivencia del ecosistema, sino que con esto se busca garantizar el acceso a los recursos naturales de manera racional y sostenible. El hecho de que el ser humano pueda tener acceso al recurso hídrico, sin que se altere el equilibrio del medio ambiente, no contrapone la supremacía de un bien jurídico sobre otro, sino que se busca garantizar la existencia del ser humano en uno de sus derechos más básicos, el cual debe ser tan factible, como el hecho de que ese acceso no impacte negativamente el entorno que necesita garantizarse para su subsistencia a perpetuidad. El camino para lograr el ejercicio de esa garantía es a través de estudios técnicos que de manera integral, permitan encontrar el balance para el aprovechamiento racional, sostenible y sustentable del recurso hídrico.

El derecho humano fundamental de acceso al agua potable y al saneamiento, constituye uno de los bienes jurídicos más sensibles a ser tutelados y garantizados, el cual se deriva del derecho a la vida y a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en ese sentido: “La Sala reconoce, como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica…” **Sentencia 2009-008767 de las diecisiete horas veinticuatro minutos del veintiséis de mayo de dos mil nueve.** Estos bienes jurídicos llevan inmersa una codependencia, en el tanto no se pueden garantizar de manera independiente, pues el acceso al agua potable garantiza el derecho a la salud y a la vida y, a la vez, estos derechos para su ejercicio a perpetuidad requieren la protección del ambiente, situación que obliga a las instituciones del Estado a buscar el acceso a los recursos naturales, procurando que a través de su uso racional estos puedan ser aprovechados.

Sin embargo, ante las disposiciones de sentencias emanadas de la Sala Constitucional en las que a efectos de garantizar ese derecho humano de acceso al agua se ordena brindar servicios públicos de agua potable a comunidades en zonas rurales, se presenta el escenario de que muchas veces las únicas fuentes susceptibles de aprovechamiento se ubican en áreas silvestres protegidas, por lo que el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados planteó ante la Procuraduría General de la República la consulta referente a la posibilidad de autorización de obras para captar dichas fuentes en esas áreas. Como respuesta, el órgano asesor del Estado emite el dictamen C-134-2016 del 08 de junio de 2016, concluyendo de manera categórica: *“… De lo expuesto se colige que AyA no está legalmente autorizado para aprovechar el recurso hídrico dentro de las áreas silvestres protegidas, de dominio público estatal, para abastecimiento poblacional, espacios donde no es aplicable el artículo 2°, inciso f, de la Ley 2726*

de 1961. A fin de realizar ese aprovechamiento se requiere una ley expresa que amplíe las actividades permitidas en el Patrimonio Natural del Estado por el artículo 18 de la Ley Forestal, y fije los términos y condiciones."

Ante la respuesta brindada, la única opción viable se presenta a través de una reforma a la Ley Forestal o, en su defecto, de una autorización expresa a los prestadores de servicios públicos de agua potable, para la realización de actividades de aprovechamiento de agua y construcción de infraestructuras dentro de las áreas silvestres protegidas de propiedad estatal. Adicionalmente, debe considerarse que existen fuera de las categorías de manejo terrenos boscosos que estarían afectos a patrimonio natural del Estado a partir de ser adquiridos por instituciones públicas, situación que de igual forma limitaría las actividades a realizar dentro de lo que establece el artículo 18 de la Ley Forestal, por lo que se requiere de igual forma una autorización expresa para dicho fin.

Los proyectos de abastecimiento de agua potable son vitales para el presente del país y para poder solventar los grandes retos que se avecinan, en vista del crecimiento de la demanda de agua potable, del cambio en las condiciones climáticas y la complejidad que implica a partir del marco legal ambiental, aprovechar el recurso hídrico para brindar servicios de agua potable cuyas fuentes se ubican en el patrimonio natural del Estado. Por eso, se considera un alto compromiso con los costarricenses, el poder garantizar el derecho humano de acceso al agua potable, sin perjuicio de la protección que debe brindarse a las áreas ambientalmente frágiles como las áreas silvestres protegidas.

Por las razones expuestas, se somete a consideración de los señores diputados y señoras diputadas el siguiente proyecto de ley.

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA
DECRETA:

LEY PARA AUTORIZAR EL APROVECHAMIENTO DE AGUA PARA CONSUMO HUMANO Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS EN EL PATRIMONIO NATURAL DEL ESTADO

ARTÍCULO 1- Por razones de interés público declarado, previo criterio técnico del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Ministerio de Ambiente y Energía otorgará a favor de los operadores de servicio público de agua potable permiso de instalación de infraestructuras y autorizará el uso del recurso hídrico proveniente de fuentes que se encuentren dentro de áreas silvestres protegidas, cualquiera que sea la categoría de manejo, o en el patrimonio natural del Estado donde se ubique la fuente a aprovechar, bajo un esquema de uso y aprovechamiento sostenible.

ARTÍCULO 2- Se declaran de utilidad pública los inmuebles y derechos de servidumbre que por sus características sean necesarios para proyectos de abastecimiento poblacional de agua para consumo humano. Los terrenos que adquiera el prestador del servicio público para protección y donde se ubiquen fuentes que puedan ser aprovechadas para abastecimiento poblacional, que se vean afectados a patrimonio natural del Estado podrán ser administrados y aprovechados directamente por el operador para el cumplimiento de sus fines.

Rige a partir de su publicación.

Marco Vinicio Redondo Quirós

Jorge Rodríguez Araya

Henry Manuel Mora Jiménez

Juan Luis Jiménez Succar

Julio Antonio Rojas Astorga

Otto Guevara Guth

Franklin Corella Vargas

Marvin Atencio Delgado

Carlos Manuel Arguedas Ramírez

Ottón Solís Fallas

Epsy Alejandra Campbell Barr

Paulina María Ramírez Portugués

William Alvarado Bogantes

Mario Redonde Poveda

Nidia María Jiménez Vásquez

Diputados y diputadas

20 de julio de 2017

NOTAS: Este proyecto pasó a estudio e informe de la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Sociales.

Este proyecto cumplió el trámite de revisión de forma en el Departamento de Servicios Parlamentarios.