

PODER JUDICIAL  
SALA CONSTITUCIONAL  
Renald Valverde  
07 FEB. 2023  
Catalina 11:37hs  
**RECIBIDO**

DOCUMENTO ESCANEADO  
PODER JUDICIAL

**CONSULTA FACULTATIVA DE  
CONSTITUCIONALIDAD**

PROMOVIDA POR VARIOS DIPUTADOS (AS)  
DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA SOBRE EL  
PROYECTO DE LEY DENOMINADO:  
**"AMNISTÍA PARA EL ORDENAMIENTO DE  
POZOS Y FUENTES CAPTADAS  
SUPERFICIALES NO INSCRITAS Y  
OTORGAMIENTO DE CONCESIONES PARA  
EL APROVECHAMIENTO DEL RECURSO  
HÍDRICO EN ACTIVIDADES DE  
PRODUCCIÓN AGROPECUARIA",**  
Expediente Legislativo N° 22.709.

*Margarita Montarrón R.*  
*Secretaría del Directorio*

Señores Magistrados y Señora Magistrada  
**SALA CONSTITUCIONAL**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

5.0/7FEB'23/11:21:03:40

Quienes firmamos, en nuestra condición de Diputados y Diputadas de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica para el período constitucional 2022-2026, con fundamento en el artículo 96 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, respetuosamente formulamos la presente **CONSULTA FACULTATIVA DE CONSTITUCIONALIDAD**, sobre el proyecto de ley consignado bajo el expediente legislativo No. 22.709, **"AMNISTÍA PARA EL ORDENAMIENTO DE POZOS Y FUENTES CAPTADAS SUPERFICIALES NO INSCRITAS Y OTORGAMIENTO DE CONCESIONES PARA EL APROVECHAMIENTO DEL RECURSO HÍDRICO EN ACTIVIDADES DE PRODUCCIÓN AGROPECUARIA"**, basados en las consideraciones y fundamentos que a continuación exponemos.

## **I. IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY CONSULTADO.**

Se somete a consideración de los magistrados (a) de la Sala Constitucional el proyecto de ley denominado ***“Amnistía para el ordenamiento de pozos y fuentes captadas superficiales no inscritas y otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento del recurso hídrico en actividades de producción agropecuaria”***, Expediente N° 22.709.

Este proyecto fue iniciado el 4 de octubre de 2021 y se publicó en La Gaceta N° 200 del 18 de octubre de ese mismo año. Su conocimiento fue asignado a la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Sociales, la cual rindió Dictamen Afirmativo de Mayoría el 26 de abril de 2022.

El proyecto de ley fue aprobado en primer de debate por el Plenario de la Asamblea Legislativa en la sesión celebrada el 30 de enero del 2023.

## **II. FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE LA CONSULTA**

La presente consulta se fundamenta en el artículo 96 inciso b), siguientes y concordantes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y en los artículos 143, 145 y 165 del Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa.

## **III.- ANTECEDENTES RELEVANTES PARA LA RESOLUCIÓN DEL PRESENTE ASUNTO.**

El proyecto de ley consultado busca establecer una nueva “amnistía” por un plazo de 6 meses, a partir de la vigencia de esta ley, para registrar e inscribir las fuentes de aguas superficiales captadas ilegalmente y los pozos para la extracción de aguas subterráneas que, a la fecha de su entrada en vigor, no se encuentren registrados ante la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía (MINAE) y no

cuenten con una concesión para utilizar el recurso hídrico en las actividades de producción agropecuaria.

Para estos efectos, dicho proyecto de ley dispone que a todos estos pozos que *“a la fecha de su entrada en vigor, no se encuentren registrados ante la Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía y que, por consiguiente, no cuenten con una concesión para utilizar el recurso hídrico en las diferentes actividades de producción agropecuarias”* (artículo 1), puedan obtener la *“concesión para el aprovechamiento del recurso hídrico, de conformidad con los artículos 183 y 184 de Ley de Aguas N° 276 del 26 de agosto de 1942”* (artículo 5).

En este sentido, es importante destacar que recientemente estuvo vigente el *“Reglamento de Registro de Pozos sin Número y Habilitación del Trámite de Concesión de Aguas Subterráneas”*, (Decreto Ejecutivo N° 41.851-MP-MINAE-MAG de 18 de julio de 2019), el cual perseguía un objetivo similar a este proyecto de ley y, a partir de setiembre de 2019, otorgó un plazo de seis meses para habilitar *“a todas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas a inscribir los pozos que se hayan perforado sin autorización antes de abril de 2010 fecha de la última amnistía y solicitar la respectiva concesión de aprovechamiento de agua.”*

Este antecedente es relevante para el análisis del presente asunto, por varias razones:

1. El proyecto de ley consultado se basa en el Decreto Ejecutivo N° 41.851, reproduce su estructura y en buena medida es una copia del mismo, pero omite por completo las exigencias de estudios técnicos y los controles mínimos para la protección del recurso hídrico y de las áreas ambientalmente vulnerables, que se encontraban contenidos en dicha norma infralegal.
2. La constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 41.851 fue analizada por la Sala Constitucional mediante la resolución N° 25.386-2021. En dicha

oportunidad la Sala realizó una interpretación conforme de algunos de los artículos de este decreto, y en otros casos no encontró inconstitucionalidades considerando los débiles controles y los escasos requisitos ambientales que dicho decreto contenía. Como se expondrá de seguido, esos escasos recaudos ambientales son eliminados en el presente proyecto de ley.

3. La amnistía para la inscripción de pozos ilegales otorgada hace menos de tres años por el Decreto Ejecutivo N° 41.851 cubría a las mismas personas físicas y jurídicas con pozos ilegales que se beneficiarían con el proyecto de ley 22.709, por lo que existe una altísima probabilidad de que, de convertirse en ley, termine cubriendo precisamente los casos de pozos ilegales que no cumplían con los requisitos ambientales mínimos del Decreto Ejecutivo N° 41.851.

#### IV.- ASPECTOS DEL PROYECTO QUE SE SOMETEN A CONSULTA

##### ÚNICO.- CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO:

Se consulta la constitucionalidad por el fondo del proyecto de ley *“Amnistía para el ordenamiento de pozos y fuentes captadas superficiales no inscritas y otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento del recurso hídrico en actividades de producción agropecuaria”*, Expediente N° 22.709, específicamente en cuanto a lo siguiente:

- A) Obligación de otorgar concesiones de aguas a actividades que explotan ilegalmente las aguas superficiales y subterráneas, sin realizar estudios técnicos. Ausencia total de estudios y requisitos ambientales (artículos 3, 4 y 5 y todo el articulado del proyecto de ley). Violación del derecho constitucional a un ambiente sano y**

**ecológicamente equilibrado y obligación constitucional de proteger las fuentes de agua. Violación de los principios de Objetivación de la Tutela Ambiental, Preventivo y Precautorio. (Constitución Política, artículo artículos 21, 50 y 89).**

El artículo 2 del proyecto de ley consultado establece que a **“todos”** los propietarios, poseedores o titulares de bienes inmuebles, que tengan pozos perforados para extraer agua subterránea que, a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, no cuenten con los respectivos permisos se les inscribirá en el Registro Nacional de Concesiones de la Dirección de Aguas del MINAE y se les otorgará la *“concesión para el aprovechamiento del recurso hídrico”*. Además, establece que *“con la entrada en vigencia de esta ley se tendrá por suspendida cualquier gestión administrativa de cierre definitivo de un pozo destinado a actividades agropecuarias cuyo cierre esté fundamentado únicamente en el hecho de no estar inscrito”* (artículo 8).

Este artículo se entrelaza con el numeral 5 del proyecto consultado, el cual le impone a la Dirección de Aguas del MINAE la **obligación de registrar el pozo y otorgar la concesión de aguas en un mismo acto**, una finalizada la etapa de admisibilidad y al no haber manifestación de oposición.

Este cambio es relevante porque si se observa la normativa vigente para la inscripción de pozos y obtención de concesiones para aprovechar las aguas de dominio público (Reglamento para la Perforación de Pozos y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas, Decreto Ejecutivo N° 43.053 de 22 de abril de 2021) en la actualidad ambos procedimientos (el registro y habilitación del pozo y el otorgamiento de la concesión de aguas), se tramitan de forma separada, aunque vinculados entre sí, con etapas y plazos distintos. Al otorgarse primero el permiso de perforación, una vez realizada esta, debe presentarse un informe de perforación,

con una serie de información técnica que permite a la autoridad competente evaluar las condiciones del pozo, el caudal a extraer, los riesgos ambientales de la actividad, y si la explotación es viable, entre otros aspectos (Decreto Ejecutivo N° 43.053, artículos 29, 30 y 31). Toda esta información resulta fundamental para que la Dirección de Aguas del MINAE evalúe con criterios técnicos si es viable o no otorgar la concesión.

Recapitulando, actualmente, el trámite de inscripción de un pozo y el trámite de otorgamiento de la concesión se realizan en dos procedimientos separados que confluyen en un orden lógico: primero se inscribe el pozo, se realizan pruebas de bombeo, se aportan criterios y estudios técnicos, se realizan inspecciones y después se inicia el procedimiento para otorgar la concesión.

Sin embargo, el proyecto de ley consultado (artículo 5 y posteriores) integra en un solo procedimiento ultra rápido o “exprés” ambas etapas. Las consecuencias de esta medida fueron alertadas por la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica vertida sobre el expediente 22.709:

*“Y es que, además de lo anterior, nótese que, en el artículo 3° del proyecto se dispone que la concesión de aprovechamiento de aguas, tanto para las fuentes superficiales, como para los pozos, se otorgará con la sola inscripción de dichas fuentes (...)*

*De lo anterior se desprende que, quien se acoja a la amnistía, podrá obtener la concesión de aprovechamiento de aguas de manera automática y sin cumplir con requisitos previos.*

**Debe tenerse claro que la inscripción de un pozo y el otorgamiento de una concesión implican trámites y procedimientos diferentes, y, el otorgamiento conjunto de ambas autorizaciones sin el cumplimiento de requisitos previos, podría reñir con los artículos 7 y 17 de la Ley de Aguas, y, como ya se dijo, violentar el artículo 50 de la Constitución Política y, principios constitucionales en materia ambiental, como el preventivo,**

**precautorio, de objetivación de la tutela ambiental, razonabilidad y de uso racional de los recursos naturales.**” (Opinión Jurídica N° OJ-096-2022 del 15 de julio de 2022. Énfasis agregado)

Sobre las distintas observaciones de la Procuraduría volveremos en varios apartados de esta consulta. De momento, resulta fundamental hacer notar el efecto que este trámite exprés (que integra registro del pozo ilegal y otorgamiento de la concesión) tiene sobre la posibilidad de contar con criterios técnicos para tomar la decisión sobre la viabilidad técnica de otorgar una concesión de aguas. Al omitirse los pasos previos para otorgar el permiso de perforación, se prescinde de contar con un informe final de perforación y con toda la información técnica asociada para determinar si el pozo es viable y si impacta negativamente el ambiente o la disponibilidad de agua para otros usos.

A su vez, por tratarse de pozos perforados ilegalmente, que nunca cumplieron con estos requisitos, con mucha más razón resulta pertinente requerir esta información técnica, estudios o criterios técnicos que permitan solventar el vacío de datos para la toma de decisiones. Sin embargo, el proyecto de ley no lo hace. En vez de reponer la información que falta, exime a los responsables de los pozos ilegales de la obligación de aportar esta información.

Para efectos de este trámite de inscripción y concesión exprés, los únicos requisitos que el proyecto de ley exige a la parte interesada en dicho trámite se encuentran contenidos en el artículo 3. Sin embargo, como puede constatar la Sala Constitucional, en ninguna parte de dicha norma se contempla la realización de estudios técnicos para determinar que dicha explotación es viable. No se contempla ningún estudio para garantizar que el pozo perforado ilegalmente no provocará un daño a las aguas subterráneas ni a los ecosistemas asociados. Tampoco se exige ningún estudio para garantizar que no se producirá una sobreexplotación de las fuentes de agua o para verificar que no se afectarán zonas ambientalmente frágiles.

Simply, in all cases covered by the norm, it is completely omitted the realization of technical studies to grant these concessions, without importing the location of the illegal exploitation of the water resource, the quantity of the flow exploited illegally or the environmental fragility of the ecosystems affected by said exploitation.

As things are, it is consulted to the Sala Constitucional about the existence of the vices of unconstitutionality that are pointed out hereinafter with direct consequence of the omissions indicated in the consulted law project:

**1. Violación del derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Principio de Objetivación de la Tutela Ambiental.**

The omission of requirements and technical studies prior to granting concessions to illegal exploitations of surface and subterranean waters would constitute a violation of this fundamental right and the principle derived from articles 21 and 50 of the Carta Magna and developed extensively by the jurisprudence of the Sala Constitucional that **exige contar con criterios técnicos basados en estudios científicos para fundamentar las decisiones susceptibles de afectar negativamente el ambiente**, as those related to the exploitation of natural resources. This principle, known also as **Principio de Objetivación de la Tutela Ambiental** has been described by our Constitutional Tribunal in the following manner:

*“Como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, 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. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos –tales como los estudios de impacto ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una "duda razonable" resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente.” (Votos N° 2006-17126 y N° 2012-013367).*

El incumplimiento de este principio constitucional en el presente caso fue advertido por la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica vertida sobre el proyecto de ley consultado: *“La inscripción automática de esos aprovechamientos, sin cumplir con ningún requisito previo tendiente a determinar que no se generará una afectación al recurso hídrico y que se trata de un aprovechamiento racional, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 50 Constitucional, a los principios preventivo, precautorio, de objetivación de la tutela ambiental, razonabilidad y de uso racional de los recursos naturales.” (OJ N° 096-2022 del 15 de julio de 2022)*

## **2. Incumplimiento de la obligación constitucional del Estado garantizar la protección del ambiente y del recurso hídrico. Principios Preventivo y Precautorio.**

El proyecto de ley consultado también incumpliría esta obligación constitucional, así como los principios Preventivo y Precautorio derivados del artículo 50 de la Carta Magna y de instrumentos internacionales como la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (Principio 15). Al omitir la realización de estudios técnicos se actúa de forma displicente y descuidada en torno a las posibles afectaciones al ambiente que la explotación ilegal de las aguas superficiales y subterráneas puede ocasionar. Se asume erróneamente que como dichas

actividades se encuentran operando en la ilegalidad “ya el daño está hecho”, por lo se procede a legalizarlas, sin importar la magnitud de la afectación que podría estarse provocando.

Sin embargo, en relación con estos principios, la Sala Constitucional ha sido contundente al resolver que deben tomarse todas las medidas que sean necesarias para prevenir efectos negativos al ambiente y asegurar su protección, conservación y una adecuada gestión de sus recursos:

*“... alude a la acción y efecto de prevenir, a aquellas preparaciones y disposiciones que se hacen anticipadamente para evitar un riesgo o ejecutar una cosa. **La prevención pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos.** Consecuentemente, el principio rector de prevención, se fundamenta en la necesidad de tomar y asumir todas las medidas precautorias para evitar o contener, la posible afectación del ambiente o la salud de las personas. De esta forma, en caso de que exista un riesgo de daño grave o irreversible -o una duda al respecto-, basada en estudios técnicos, se debe adoptar una medida de precaución e inclusive posponer la actividad de que se trate. Lo anterior, debido a que en materia ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz, por cuanto de haberse producido el daño, las consecuencias biológicas y socialmente nocivas pueden ser irreparables, la represión podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los daños ocasionados al ambiente.” (Voto N° 2009-0601)*

**B) Absoluta desprotección de áreas ambientalmente frágiles.**  
**Obligación de otorgar concesiones de aguas a actividades que explotan ilegalmente las aguas superficiales y subterráneas, sin contemplar requisitos o controles para resguardar estas áreas. (artículos 2, 3 y 5 del proyecto de**

**ley). Violación del derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículos 21, 50 y 89 de la Constitución Política).**

El proyecto de ley consultado también es absolutamente omiso en resguardar áreas ambientalmente frágiles o vulnerables en las que no es posible autorizar la perforación de pozos o la explotación del recurso hídrico a través de concesiones sin ocasionar graves daños al ambiente. Nos referimos por ejemplo, a acuíferos en riesgo de sobreexplotación donde la extracción de agua debe ser regulada para resguardar usos prioritarios como al abastecimiento para consumo humano, zonas costeras donde existe riesgo de intrusión salina de los mantos acuíferos, áreas de protección del recurso hídrico establecidas en el artículo 33 de la Ley Forestal, (incluyendo las áreas de recarga acuífera técnicamente declaradas), áreas cercanas a nacientes destinadas a abastecimiento poblacional (artículo 31 de la Ley de Aguas), áreas donde existen restricciones técnicas como la necesidad de mantener un alejamiento mínimo de otros pozos perforados para evitar afectación a los acuíferos, entre otras.

El artículo 5 establece que en todos los pozos perforados ilegalmente que se acojan a esta ley, se procederá a la inscripción de los pozos y al otorgamiento de concesiones para la explotación del recurso hídrico por medio del trámite exprés establecido en esta ley. El artículo 3 contempla los únicos requisitos que se solicitarán a las personas interesadas, donde únicamente se contemplan aspectos administrativos, pero no se toman provisiones para proteger las áreas vulnerables anteriormente mencionadas.

Es importante destacar que la normativa vigente en el país, que regula la perforación de pozos contempla una serie de disposiciones y restricciones para resguardar estas áreas, que son absolutamente ignoradas por el proyecto de ley consultado. Un ejemplo de los anterior es el Reglamento para la Perforación de Pozos y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas (Decreto Ejecutivo N° 43.053 de 22 de

abril de 2021). Esta norma establece en su artículo 15 una prohibición de prohibición de perforar pozos en áreas de protección de ríos, quebradas y nacientes. Además, en su artículo 20 contempla una serie de criterios para limitar el otorgamiento de permisos en áreas vulnerables como *“las regulaciones y limitaciones producto del monitoreo de acuíferos”* (inciso b). A su vez, en sus artículos 34 y 35 se contemplan criterios y requisitos adicionales para prevenir la afectación a acuíferos costeros o la interferencia entre pozos y corrientes de agua según lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Aguas (N° 276).

Ninguno de estos criterios es considerado en el proyecto de ley consultado. Pero sí se establece la obligación para el Ministerio de Ambiente y Energía de otorgar una concesión de aguas por vía rápida para todas las actividades ilegales de perforación y aprovechamiento de aguas de *“todos los propietarios, poseedores o titulares, de bienes inmuebles registrados o no, en cualquier parte del territorio nacional, que tengan pozos perforados para extraer agua subterránea”* que así lo soliciten, con fines agropecuarios, ignorando los criterios técnicos básicos para filtrar aquellos casos en las solicitudes no sean viables por afectarse las áreas vulnerables anteriormente mencionadas.

La intención de los promotores del proyecto de ley consultado de prescindir de estas regulaciones básicas se hace evidente al contrastar el texto del proyecto de ley consultado con el articulado del Decreto Ejecutivo N° 41.851 correspondiente a la anterior “amnistía” decretada por el Poder Ejecutivo en 2019, que sí contemplaba -aunque de forma tímida- algunas de estas regulaciones. Veamos:

Decreto Ejecutivo N° 41.851	Proyecto de ley 22.709
<p><b>Artículo 4º-De la inscripción de pozos.</b></p> <p>Todos los pozos perforados con maquinaria o equipo especializado que no haya contado con el respectivo permiso de perforación del MINAE, deberán ser inscritos en el Registro Nacional de Concesiones que administra la Dirección de Agua del Ministerio de Ambiente y Energía, solicitando conjuntamente la</p>	<p><b>ARTÍCULO 3- DE LOS REQUISITOS PARA EL REGISTRO</b></p>

inscripción y la respectiva concesión de aprovechamiento de agua, dentro del plazo de SEIS MESES a partir de la entrada en vigencia de este decreto.

Las solicitudes de inscripción del pozo y de concesión, deben ser entregadas en original y dos copias. El trámite debe ser realizado por el propietario registral del inmueble donde se encuentra ubicado el pozo y deberá entregar para cada pozo a registrar:

a) Formulario completo que a disposición ponga la Dirección de Agua del MINAE

b) Declaración jurada personalísima ante Notario, del propietario del terreno donde está el pozo que indique: el año en que se perforó el pozo, ubicación del pozo, caudal que se extrae en litros por segundo, uso del agua, **indicar que la ubicación del pozo no contraviene las normas legales de restricción a la perforación de pozos y que el pozo no se encuentra ubicado en zonas de regulación o restricción señaladas en el artículo 9 de este Decreto Ejecutivo, salvo aquellas restricciones que por excepción requieren de estudios para condiciones especiales, definidas en el artículo 10 de este Decreto Ejecutivo.** Además, en esta declaración deberá manifestar la autorización expresa que facilita el ingreso al sitio donde se ubica el pozo a funcionarios acreditados de la Dirección de Agua de MINAE, SENARA, AyA y SINAC, y la anuencia de instalación de un hidrómetro o caudalímetro.

c) Demostración de la propiedad donde se localiza el pozo y se usa el agua de conformidad con el inciso b) del artículo 178 de la Ley de Aguas y plano catastrado señalando la ubicación del pozo, con no más de tres meses de expedidos. En la Zona Marítimo Terrestre o la Zona Fronteriza podrá presentar plano de Agrimensura.

d) En caso de que el pozo se encuentre en una propiedad diferente de donde se usa el agua, deberá el solicitante de la concesión de agua, presentar el formulario de inscripción debidamente firmado por el propietario registral donde se encuentre ubicado el pozo, además, adjuntar la declaración citada en el inciso b) del presente artículo y autorización para el uso del pozo.

e) Llenar y suscribir el formulario que, al efecto, disponga la Dirección de Aguas del MINAE, por medio de su plataforma digital o de manera física.

a) Declaración jurada protocolizada en la que se indique la ubicación cartográfica del pozo (s), el caudal que se extrae en litros por segundo, uso que se le da al agua y autorización de ingreso al sitio en donde se encuentra el pozo para los funcionarios acreditados de la Dirección de Aguas de MINAE.

b) Plano catastrado o sin catastrar, señalando la ubicación del pozo.

<p>e) Si se trata de una persona jurídica deberá presentar certificación de personería jurídica del representante legal, con no más de tres meses de expedida.</p> <p>f) Comprobante de depósito de costos fijados por SENARA.</p>	<p>c) Certificación de personería jurídica en caso de que la propiedad esté registrada a nombre de una persona jurídica.</p> <p>d) Certificación del Registro Público en que consten: la inscripción de la finca sobre la que se pretende el aprovechamiento, con indicación de la naturaleza, situación, cabida y linderos. Si el terreno no estuviere inscrito, se acompañará el título que ampare la propiedad o posesión o certificación de la Tributación Directa; y si no existiere título se hará referencia en la solicitud a la situación, naturaleza, calidad y linderos del inmueble.</p> <p>La documentación se podrá presentar de manera digital con la respectiva firma electrónica de la persona solicitante.</p> <p>En caso de que la presentación de requisitos sea física, deberán presentarse original y copia adicional.</p> <p>Para la recepción de documentos físicos se tendrán habilitadas las Oficinas Centrales y regionales de la Dirección de Agua, así como las oficinas del Sistema Nacional de Áreas de Conservación.</p> <p>No se admitirán solicitudes incompletas y contrarias a lo dispuesto en la presente ley.</p>
<p><b>Artículo 7° - Control y Seguimiento.</b> Una vez emitida la resolución de inscripción del pozo y autorización de aprovechamiento de agua se realizará control y seguimiento, de comprobarse que en campo se incumple con lo dispuesto en el presente reglamento o condición legal, la Dirección de Agua archivará sin más trámite la solicitud y ordenará el cierre inmediato y definitivo del pozo de conformidad con el artículo 38 del Decreto Ejecutivo N° 35884-MINAE. Lo mismo sucederá de tenerse verificado en campo que no se</p>	<p><b><i>Se omite por completo regulación sobre obligación de control y seguimiento en el campo para verificar requisitos y viabilidad técnica.</i></b></p>

<p>brindó la información correcta en Declaración Jurada Personalísima.</p>	
<p><b>Artículo 9° -Acuíferos, áreas y condiciones restringidas al registro de pozos.</b> No serán sujeto de inscripción y habilitación para concesión de agua, los pozos perforados sin permiso que se ubiquen dentro de los acuíferos, zonas o áreas con condición especial por disposiciones, judiciales, legales y técnicas, señaladas a continuación:</p> <p>a) Zonas de reserva acuífera: Puente Mulas, Moín, Río Banano y Río Bananito, Barva y Barranca.</p> <p>b) Acuífero Sardinal en Carrillo Guanacaste.</p> <p>c) Acuíferos El Coco, Panamá y Playa Hermosa.</p> <p>d) Acuíferos Mala Noche y Playa Sámara en Nicoya, Guanacaste.</p> <p>e) Acuífero de Huacas y Tamarindo.</p> <p>f) Acuífero Playa Potrero - Brasilito</p> <p>g) Acuífero Potrero - Caimital.</p> <p>h) Acuífero Nimboyores.</p> <p>i) Acuífero Marbella.</p> <p>j) Dentro de área de protección estipulada en el artículo 33 de la Ley Forestal N° 7575</p> <p>k) Dentro de área de los doscientos metros de radio de nacimientos, estipulada en el artículo 31 de la Ley de Agua No. 276.</p> <p>l) Incumpla con lo dispuesto en el Artículo 8 de la Ley de Agua No. 276.</p> <p>m) Estén a menos de 1000 metros de la línea de costa conforme lo dispone el Decreto 17390 MINAE -S.</p> <p>n) En el caso de tratarse de agua de uso poblacional, solo procederá la inscripción y habilitación del pozo para la concesión de agua, cuando sea un ente operador de servicio público autorizado por ley o por Delegación del AyA (ASADAS) o se cumpla lo dispuesto en el Reglamento para el Permiso de Perforación y Concesión de Agua para el Autoabastecimiento en Condominios Decreto N° 35271-S-MINAE.</p>	<p><b><i>Se omite por completo regulación sobre estos aspectos.</i></b></p>

<p>Artículo 10°-<b>Estudios para condiciones especiales.</b> Los estudios que se solicitan a continuación, son requeridos si el interesado quiere registrar un pozo en los supuestos indicados para cada caso.</p> <p>a) Si el pozo incumple lo dispuesto en el artículo 13 del decreto No. 35884-MINAE respecto a la distancia de retiro de operación del pozo de hasta 40 metros, entendida esta como la distancia inmediata al pozo que debe mantenerse para permitir el acceso al sistema del pozo, así como brindar seguridad y protección al acuífero sobre actividades aledañas al mismo, de conformidad con los supuestos del artículo 8 de la Ley de Aguas N° 276 del 26 de agosto de 1942, deberá aportar estudio técnico de tránsito de contaminantes donde se sustente tener certeza de la inocuidad de las actividades desarrolladas para con el acuífero.</p> <p>De conformidad con el artículo 8 de la ley 276 y Decreto 38449-MINAE-MAG, corresponde a la Dirección de Agua del MINAE definir esta distancia de retiro conforme el estudio presentado.</p> <p>El estudio debe venir en original (impreso y digital) debidamente firmado por el profesional responsable en la materia que esté debidamente incorporado al colegio profesional respectivo.</p> <p>b) Si el pozo incumple lo dispuesto el inciso b) del artículo 12 del Decreto Ejecutivo 35884-MINAE respecto a la distancia de retiro de 100 metros entre pozos, nacientes, quebradas, río de conformidad con los supuestos del artículo 8 de la Ley de Aguas N°276 del 26 de agosto de 1942, deberá aportar estudio de Interferencia entre pozos y cuerpos de agua anteriormente indicados.</p> <p>De conformidad con el artículo 8 de la ley 276 y Decreto 38449-MINAE-MAG, corresponde a la Dirección de Agua del MINAE definir esta distancia de retiro conforme el estudio presentado.</p> <p>Deberá venir en original (impreso y digital) debidamente firmado por el profesional responsable en la materia que esté debidamente incorporado al colegio profesional respectivo.</p>	<p><b><i>Se omite por completo regulación sobre estos aspectos.</i></b></p>
---	---



c) Si el pozo incumple con el inciso a) del artículo 12 del Decreto Ejecutivo N° 35884-MINAE respecto a que este se encuentra dentro de los 1000 metros de la línea costa, podrá presentar análisis técnico que con respecto a diferencia de altura donde se ubica de pozo, profundidad del pozo, niveles de agua, propuesta de extracción y otras variables respecto al nivel del mar, no existe riesgo de que produzca intrusión salina o si las condiciones anteriores no sean idóneas, puede aportar estudio de intrusión que concluya que no existe riesgo.

En cualquiera de las opciones indicadas en el presente inciso deberá venir un original y una copia (impreso y digital) debidamente firmado por el profesional responsable en la materia que esté debidamente incorporado al colegio profesional respectivo.

Corresponde al SENARA con base en la información o estudios entregados definir si existe o no afectación por intrusión salina ocasionada por el aprovechamiento solicitado.

Estas omisiones fueron advertidas por el Departamento de Servicios Técnicos en el Informe Integrado Jurídico-Ambiental referido el expediente 22.709 (N° AL-DEST-IIN-013-2022 de 31 de agosto de 2022), que al analizar el artículo 4 del proyecto de ley consultado advirtió:

*“Se llama la atención que se omiten los requerimientos en materia ambiental que se deben de presentar en el trámite ordinario de “Solicitud de perforación y/o concesión para aprovechamiento de aguas”<sup>1</sup>, específicamente la Viabilidad Ambiental de SETENA; y si el agua se **captará en el mar**, para desalinización, aportar la autorización de la Municipalidad cuando la toma, las obras de conducción y descarga se encuentren dentro de zona restringida de zona marítima terrestre, presentar resumen del proyecto, describiendo el proceso, la demanda*

<sup>1</sup> <https://da.go.cr/permisos-de-perforacion-del-subsuelo/>

máxima, diseño de la toma, estudio hidrogeológico que demuestre que no se provocará intrusión salina en las aguas continentales.

**Ambos puntos anteriores son parte de los aspectos denominados requisitos indispensables y especiales, los cuales el proyecto omite en todos sus extremos.**

**Cabe destacar que los requerimientos solicitados en el proyecto son de corte administrativo y ninguno de ellos vela por la sostenibilidad del recurso hídrico.** (Énfasis agregado)

Por su parte, la Procuraduría General de la República también se refirió a estas omisiones en la Opinión Jurídica vertida sobre el proyecto de ley consultado (OJ-096-2022):

*“De la lectura del proyecto, no se encuentra ninguna disposición tendiente a limitar la autorización de la inscripción de pozos. Al no fijarse ningún tipo de requisito o condición que deba cumplir el pozo ya perforado, **su inscripción sería automática, sin importar su ubicación y características. Es decir, sin importar la posible afectación del pozo al recurso hídrico, éste podrá ser inscrito con la simple presentación de una solicitud.**”* (Énfasis agregado)

Sin embargo, ninguna de estas advertencias fue atendida por las y los diputados que aprobaron en primer debate este proyecto de ley.

En este sentido, se consulta a la Sala Constitucional si la omisión apuntada constituye una violación al artículo 50 de la Constitución Política al incumplir la obligación del Estado de actuar proactivamente para garantizar y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y el derecho humano de acceso al agua, así como los principios Preventivo y Precautorio en la protección de las aguas subterráneas.

Cabe destacar que cuando la Sala Constitucional analizó la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 41.851, tomó en cuenta que dicho decreto sí contemplaba algunos recaudos para proteger acuíferos costeros y áreas ambientalmente frágiles, los cuales brillan absolutamente por su ausencia en este proyecto de ley:

*“En este apartado, la Sala tampoco observa una fundamentación adecuada del accionante, pues no efectúa un análisis o desarrollo de la norma, ni la confronta con el bloque de constitucionalidad, de manera que se pueda revelar su inconstitucionalidad. Incluso, **se determina que el artículo cuestionado sí incluye una protección especial para la zona costera, dado que restringe la habilitación de pozos que “m) Estén a menos de 1000 metros de la línea de costa conforme lo dispone el Decreto 17390 MINAE -S.”**”*

*Por otro lado, el propio decreto contempla requisitos adicionales, en caso de que se pretendiera la habilitación de un pozo que se ubique a menos de 1000 metros de la línea de costa: (...)” (Voto N° 25386-2021)*

Sin embargo, en el presente caso, ni siquiera se contemplan esas regulaciones y esos requisitos mínimos. Simplemente se busca legalizar todos los pozos perforados con fines agropecuarios y otorgarles derechos de concesión a los aprovechamientos ilegales de aguas subterráneas y superficiales ya existentes, sin tomar en cuenta su ubicación o si ponen en peligro esas áreas ambientalmente frágiles. No se contempla, por ejemplo, que estos pozos ilegales pueden encontrarse en áreas de protección de ríos y nacientes, en acuíferos sometidos a regulaciones a regulaciones especiales por riesgos de sobreexplotación intrusión salina, o con ubicaciones que incumplen normas técnicas como las distancias respecto a otros aprovechamientos. Tampoco se considera que, muy probablemente, debido a las condiciones anteriormente descritas no les resultaron aplicables a estos pozos ilegales las otras amnistías dictadas en el pasado por el Poder Ejecutivo.

Esta omisión violentaría los Principios Preventivo y Precautorio derivados del artículo 50 de la Carta Magna, porque, tal como lo desarrollado ampliamente nuestra jurisprudencia constitucional, en materia de aguas subterráneas el Estado tiene una obligación preventiva y protectora que resulta ineludible, ya que, si se actúa a posteriori, el daño puede resultar irreversible. Esta acción preventiva y protectora implica adoptar una serie de medidas administrativas, como la definición de acuíferos sobre explotados o en riesgo de intrusión salida, y la demarcación de perímetros para la protección de los mantos acuíferos y los pozos existentes, que simplemente son ignoradas por completo en el presente proyecto de ley. En palabras de la Sala Constitucional:

**“XII.- PROTECCIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. *Por las características de la contaminación de los mantos acuíferos destinados al abastecimiento público y su difícil regeneración, las medidas para evitar la contaminación deben ser preventivas y protectoras,* mediante la prohibición de ciertas actividades humanas en determinadas zonas u ordenando medidas de seguridad sobre ciertas actividades potencialmente contaminantes. (...) La escasez y degradación de las condiciones naturales del recurso hídrico imponen la posibilidad administrativa de adoptar tales medidas para evitar su agotamiento o deterioro irreversible y de superar, temporalmente, los efectos nocivos que pueda generar una crisis hídrica. Este tipo de medidas administrativas suponen diversas restricciones y controles drásticos sobre los múltiples usos o aprovechamientos de agua – en especial los generales o especiales de carácter privado- y sobre las actividades preexistentes que puedan afectar el recurso en cuanto se justifican en un interés público, por lo que no afectan el derecho de propiedad o la integridad del patrimonio. (...) Tales medidas administrativas de intervención, virtualmente contenidas en los artículos 32 de la Ley de Aguas de 1942 y 10° del Reglamento de Perforación y Explotación de Aguas Subterráneas (Decreto Ejecutivo No. 30387 del 29 de abril del 2002), pueden ser las siguientes:**

a) **Perímetros de protección de los mantos acuíferos:** Una de los instrumentos más novedosos en la protección de los recursos hídricos es la definición de perímetros de protección para la conservación del recurso y de su entorno. Esta medida de intervención administrativa busca preservar la calidad y cantidad del agua contenida pero también de su continente, esto es, de la formación geológica denominada acuífero. Esa actividad consiste en proyectar y trazar sobre la superficie una demarcación bajo la que se asienta un acuífero o parte de éste, en la que se establece un régimen específico de utilización del dominio hidráulico –ordenación y restricción de las concesiones de agua preexistentes, impedimento de otorgar nuevas- y de control de las actividades e instalaciones que puedan afectarlo –a través de autorizaciones- (...) 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. (...)

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. (...) 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 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.** (...)” (Voto N° 1923-2004) (El subrayado no corresponde al original)

Las medidas de prevención y protección descritas conllevan una demarcación en el terreno y la delimitación, con base en criterios técnicos, de áreas donde se limitan ciertas actividades y se restringe total o parcialmente el aprovechamiento del recurso hídrico, así como la realización de nuevas perforaciones. Evidentemente, en estas áreas no se pueden perforar nuevos pozos y si existen pozos perforados ilegalmente estos podrían estar ocasionando graves daños ambientales. Ante estos casos, la solución no puede ser hacerse “de la vista gorda” y otorgarles una concesión exprés para legalizar las explotaciones ilegales del recurso hídrico, tal

como propone el proyecto de ley consultado. Esta acción irresponsable implicaría una grave afectación para las fuentes de agua y constituiría una grosera violación de los principios constitucionales mencionados.

**C) Omisión e inobservancia de la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental de previo a otorgar concesiones de aguas superficiales y subterráneas (artículo 3 y todo el articulado del proyecto de ley). Violación del derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (Constitución Política, artículos, 21 50 y 89 y Principio 17 de la Declaración de Río).**

El proyecto de ley a lo largo de su articulado es absolutamente omiso en el cumplimiento del requisito fundamental de realizar evaluaciones de impacto ambiental y de obtener la viabilidad ambiental otorgada por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA), de previo al otorgamiento de concesiones de aguas, en los casos en que la normativa técnica aplicable así lo exige.

En el artículo 3 se enlistan los únicos requisitos que deben presentar interesados en inscribir pozos perforados ilegalmente y obtener concesiones de aguas para aprovechamientos realizados sin permisos previos. Dentro de estos requisitos se omite la viabilidad ambiental en los casos en los que la legislación así lo requiere. En los artículos siguientes tampoco se contempla dicho requisito y en el numeral 5 se impone la obligación a la Dirección de Aguas del MINAE de otorgar la concesión de aguas, una vez cumplida la etapa de admisibilidad de forma conjunta con la perforación del pozo, una vez más sin contemplar el necesario proceso de evaluación de impacto ambiental.

Esta omisión también fue señalada oportunamente por la Procuraduría General de la República al emitir opinión consultiva sobre el proyecto de ley 22.709. Pero, una vez, los diputados que aprobaron este proyecto de ley en primer debate, la ignoraron:

*“Uno de los requisitos previos más importantes que se estaría omitiendo con este otorgamiento concomitante, es la evaluación de impacto ambiental. Al respecto, recuérdese que el Anexo 2 del Reglamento General sobre los Procedimientos de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Ejecutivo 31849-MINAE-SALUD-MOPT-MAG-MEIC del 24 de mayo del 2004), en su punto 41, contempla que la actividad de captación, depuración y distribución de aguas subterráneas y superficiales, requiere de evaluación de impacto ambiental.*

*Lo anterior, fue reafirmado por la Sala Constitucional en el voto no. 2019-2009 de las 14 horas 55 minutos de 11 de febrero de 2009, mediante el cual se dispuso volver a **incorporar el aprovechamiento de aguas subterráneas y superficiales, como una actividad que requiere de evaluación de impacto ambiental previa.**” (Opinión Jurídica N° 096-2022)*

Por lo tanto, se consulta a la Sala Constitucional si la inobservancia del requisito fundamental de realizar evaluaciones de impacto ambiental de previo a otorgar concesiones de aguas, según consta en el articulado del proyecto de ley consultado, constituye una violación al derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y al Principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

La obligación de realizar evaluaciones de impacto ambiental (EIA) ante la Secretaría Técnica Nacional Ambiental (SETENA) de previo a autorizar actividades que puedan alterar o destruir elementos del ambiente y de contar con la aprobación previa de dichas evaluaciones, como requisito para poder iniciar obras o proyectos



se encuentra consignada en el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente (LOA), N° 7554 de 4 de octubre de 1995.

Esta disposición es concordante con el Principio 17 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, suscrita por Costa Rica en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de 1992, y que es un instrumento internacional de derechos humanos vigente y exigible en nuestro país. Según dicho principio:

*“Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente”.*

Sobre la pretensión de eximir de esta obligación el otorgamiento de concesiones de aguas superficiales y subterráneas, de manera general y sin un análisis de las implicaciones en cada caso concreto, como adelanta la Procuraduría General de la República, la Sala Constitucional se ha pronunciado con absoluta contundencia, al declarar la inconstitucionalidad de un decreto ejecutivo que intentó realizar de manera expresa lo mismo, que, de manera indirecta, por omisión, pretende hacer el proyecto de ley consultado:

*“Bajo tal orden de consideraciones, esta Sala estima que la derogatoria que se llevó a cabo a través del artículo 14 del Decreto No. 32734-MINAE-S-MOPT- MAG-MEIC, **deviene, a todas luces, en inconstitucional, dado que, se excluye, con respecto a los aprovechamientos (concesiones) de aguas superficiales y subterráneas que no forman parte de un proyecto** -sin justificación técnica alguna y, en contravención de lo dispuesto en el artículo 50 constitucional-, cualquier ponderación de los efectos acumulativos en el ambiente y en el cauce o cuerpo de agua (suma de impactos*

*individuales que producen diferentes actividades presentes o futuras predecibles), corrección del impacto ambiental de un uso especial, la prevención, mitigación, compensación, restauración y recuperación por daños ambientales o impactos ambientales no controlados del uso particular, fiscalización o monitoreos ambientales, etc.” (Voto N° 2019-2009. El subrayado no es del original)*

Una vez más, el proyecto de ley parte de una realidad que es la antítesis de los principios Preventivo y Precautorio que informan nuestra legislación ambiental: se asume que como las perforaciones ilegales que se pretende realizar ya fueron hechas y la explotación ilegal de caudales de agua ya se está realizando, “el daño ya está hecho”, los ecosistemas ya están soportando los impactos ambientales y las afectaciones a las fuentes de agua ya se produjeron. Entonces, bajo esta realidad se concluye que no es necesario realizar estudios técnicos ni evaluaciones de impacto ambiental, pues ya no hay nada que anticipar, prevenir ni mitigar. Sin embargo, como bien lo explica la Sala Constitucional en la resolución citada, semejante razonamiento no encuentra el más mínimo fundamento jurídico constitucional ni técnico: los impactos ambientales son acumulativos, el Estado siempre tiene la obligación de prevenir una degradación mayor del ambiente, máxime cuando hablamos de un recurso esencial para la vida y finito como es el agua.

***D) Reducción de los criterios técnicos del SENARA y el AYA a simples criterios “para mejor resolver”. Reducción excesiva del plazo para que estas instituciones se pronuncien e imposición de obligación al MNAE de otorgar concesiones de aguas a aprovechamientos ilegales, aun cuando el SENARA y el AYA no hayan podido emitir sus criterios técnicos (artículos 4 y 5 del proyecto de ley***

**consultado.) Violación de la obligación del Estado de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y de los principios de objetivación de la tutela ambiental, de obligada coordinación interinstitucional y de inaplicabilidad del silencio positivo en materia ambiental (artículos 21, 50 y 89 de la Constitución Política).**

Los artículos 4 y 5 del proyecto de ley consultado dicen lo siguiente:

**ARTÍCULO 4- ADMISIBILIDAD**

*Admitida la solicitud, la Dirección de Agua abrirá el expediente y se le asignará el respectivo número en un plazo máximo de 30 días naturales.*

**Para mejor resolver la Dirección de Agua, otorgará audiencia por un plazo de 5 días hábiles al Servicio Nacional Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento o al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, para lo que corresponda conforme a sus competencias.**

**ARTÍCULO 5- DE LA CONCESIÓN DE APROVECHAMIENTO DEL AGUA**

*Una vez cumplida la etapa de admisibilidad de la solicitud, la Dirección de Aguas emitirá un edicto que el interesado procederá a publicar en el Diario Oficial La Gaceta **y si no hubiese oposición, en un plazo máximo de sesenta días hábiles el Ministerio de Ambiente y Energía, emitirá la resolución de registro y concesión para el aprovechamiento del recurso hídrico, de conformidad con los artículos 183 y 184 de Ley de Aguas N° 276 del 26 de agosto de 1942.** Si hubiese oposición, de previo a resolver,*

*deberá dar traslado de esta al interesado, para que en un plazo de 10 días se manifieste.*

*Una vez resuelta, en el plazo de un año al amparo del artículo 183 de la Ley de Aguas No. 276, el MINAE, está facultado mediante resolución motivada y con justificación científica-técnica, revocar el registro y concesión de una toma que se encuentre en acuíferos frágiles por disponibilidad y riesgo de sobreexplotación.*

*Posterior a resolver la concesión, el MINAE podrá solicitar la prueba de bombeo o caudalímetro, en los casos en que se justifique técnicamente este requisito, la misma deberá aportarse dentro del plazo de un año.”*

El artículo 4 dispone que el expediente con la solicitud para otorgar concesiones de aguas a captaciones ilegales de aguas subterráneas y superficiales se consultará al Servicio Nacional de Riego y Avenamiento (SENARA) y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (AYA) “*para mejor resolver*”.

Sobre el uso del término “*para mejor resolver*”, la Procuraduría General de la República señaló:

*“En relación con la audiencia que se confiere a dichas instituciones, se sugiere valorar sustituir la frase “para mejor resolver”, a efecto de que se contemple, en su lugar, la rendición de un informe vinculante por parte de dichas instituciones, cuyo acatamiento sea obligatorio.*

*La Sala Constitucional ha sido enfática en reconocer la importancia del SENARA como aquella institución que tiene el deber de procurar un aprovechamiento óptimo y justo del recurso hídrico, sobre todo en las actividades de riego, respecto de la cual se pretende el proyecto de ley sometido a consulta.” (...)*

*En mérito de lo anterior, se sugiere que la audiencia que se confiera al SENARA y al ICAA sea obligatoria y no “para mejor resolver”, requiriéndose la rendición de los informes vinculantes y de acatamiento obligatorio, según las competencias de cada institución.” (Opinión Jurídica N° OJ-096-2022)*

En efecto, el término “para mejor resolver” remite a un criterio adicional o complementario que se remite coadyuvar en la toma de decisiones de quién debe resolver. Pero no a un criterio técnico de acatamiento obligatorio que debe ser atendido por la autoridad administrativa. En este sentido, la norma consultada estaría debilitando las competencias del SENARA y el AYA en relación con la protección de las aguas subterráneas en el primer caso y de las fuentes de agua destinadas al abastecimiento de las poblaciones en el segundo, abriendo la posibilidad de que sus criterios técnicos -si llegan a ser emitidos en el cortísimo plazo que se les confiere- sean desatendidos.

El artículo 4 debe leerse conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 5. Esta norma establece que, si no hay oposición, en el trámite expedito establecido en el artículo 5, la Dirección de Aguas del MINAE debe dictar la resolución que ordena la inscripción del pozo **y el otorgamiento de la concesión** en un mismo acto, en un plazo máximo de sesenta días. Es decir, se le ordena al MINAE otorgar la concesión de aguas a los pozos perforados sin permisos y a los aprovechamientos realizados ilegalmente, **aun cuando el SENARA y el AYA no hayan podido emitir su criterio técnico** sobre impacto que dichas concesiones pueden tener sobre las aguas subterráneas y las fuentes de abastecimiento poblacional.

Cabe reiterar que actualmente, el trámite de inscripción de un pozo y el trámite de otorgamiento de la concesión se realizan en dos procedimientos separados que confluyen en un orden lógico: primero se inscribe el pozo, se realizan pruebas de bombeo, se aportan criterios y estudios técnicos, se realizan inspecciones y después se inicia el procedimiento para otorgar la concesión. Al integrar ambos procedimientos en un trámite exprés, el proyecto de ley estaría acortando

significativamente los tiempos para que instituciones como el SENARA y el AYA puedan emitir un criterio técnico razonado y bien fundamentado.

Pero, además, con la disposición del artículo 5 que obliga al MINAE a otorgar la concesión de aguas, aunque el SENARA y el AYA no hayan emitido criterio, dado además, que este solo sería *“para mejor resolver”*. En este sentido, la integración de los artículos 4 y 5 estaría produciendo un **efecto equivalente a la aplicación del silencio positivo en materia ambiental**. Se acortan efectivamente los plazos, para que el SENARA y el AYA puedan emitir sus criterios técnicos, se rebajan dichos criterios simples aportes *“para mejor resolver”*, y se autoriza al MINE a otorgar las concesiones que legalizan explotaciones ilegales de las aguas, aunque dichas instituciones no hayan podido responder todavía, asumiendo que no tienen oposición.

Así las cosas, se consulta a la Sala Constitucional si los artículos 5 y 6 violentan la obligación del Estado de garantizar, defender y preservar el derecho constitucional a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 de la Constitución Política), así como los principios de objetivación de la tutela ambiental, de obligada coordinación institucional e inaplicabilidad del silencio positivo en materia ambiental.

Esta afectación se produciría porque dichas normas: 1) Rebajan los criterios técnicos especializados del SENARA y el AYA a simples criterios *“para mejor resolver”* y 2) Acortan excesivamente los plazos para dichas instituciones puedan emitir un criterio técnico y luego obligan al MINAE a otorgar la concesión de aguas aunque estas instituciones no hayan podido responder, asumiendo que no hay objeciones a dicha concesión.

El papel preponderante que SENARA juega como institución técnica e independiente con cobertura a nivel nacional, con competencia para emitir pronunciamientos sobre la protección de las aguas subterráneas que son de

acatamiento obligatorio (Ley N° 6877, artículo 3, incisos ch) e), g) y h), ha sido reconocido ampliamente por la Sala Constitucional en reiterados pronunciamientos:

*(...) 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 del SENARA en cuanto a ellos, serán definitivas y de acatamiento obligatorio. Esta definición dista de ser una manifestación retórica de la Sala; por el contrario, la misma deviene de una 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.**” (Sala Constitucional en el Voto N° 2012-08892, de las 16:03 horas del 27 de junio del 2012).*

En la misma sentencia ya citada indicó la Sala Constitucional;

*“Por consiguiente, el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas Riego y Avenamiento no puede, simple y llanamente, conformarse con emitir recomendaciones y desentenderse de su implementación- por el mero hecho de que otra entidad de la Administración sea corresponsable en la materia-. Pues ello implicaría una omisión a su deber de protección de las aguas*

subterráneas y al principio de coordinación interadministrativa expuesto. En otras palabras, **si bien las competencias para el manejo integrado de los recursos hídricos subterráneos se encuentran fragmentados entre varias entidades** ( Ministerio del Ambiente Energía y Telecomunicaciones, Ministerio de Salud, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, municipalidades, y el propio Servicio Nacional de Aguas Subterráneas Riego y Avenamiento), no menos cierto es que este último, por la información hidrológica subterránea que maneja y su experiencia y conocimiento especializado en el campo de las aguas subterráneas, ostenta una pericia técnica prevalente en dicha área, de modo que, por un lado, **sus advertencias de contaminación y correlativas medidas para prevenirlas no pueden ser desatendidas unilateralmente por el resto de la Administración Pública y, de otro, existe una imposibilidad de hacer caso omiso a las advertencias sobre el peligro de contaminación que emite una institución facultada por ley para proteger el recurso hídrico** (Ver en ese sentido la sentencia número 2008-004790 de las 12:39 horas del 27 de marzo de 2008).” (Voto N° 2012-08892) (El destacado no corresponde al original).

Asimismo, en la sentencia N° 2009-00262, la Sala Constitucional dispuso:

“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 distinción- 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.**” (Énfasis agregado).

En cuanto a las competencias del AYA para emitir criterios técnicos que deben ser atendidos por las instituciones en relación con actividades que pueden afectar las fuentes de agua para abastecimiento poblacional, la Sala Constitucional también se ha pronunciado con absoluta claridad:

“La Ley Constitutiva del ICAA (No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas) le atribuye, en lo que es de interés, las siguientes competencias (artículo 2°): a) Dirigir y vigilar todo lo concerniente para proveer a los habitantes de la república de un servicio de agua potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas (...) c) Promover la conservación de las cuencas hidrográficas y la protección ecológica, así como el control de la contaminación de las aguas (...) **d) Asesorar a los demás organismos del Estado y coordinar las actividades públicas y privadas en todos los asuntos relativos al (...) control de la contaminación de los recursos de**

**agua (...) siendo obligatoria, en todo caso, su consulta, e inexcusable el cumplimiento de sus recomendaciones** (...) 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 (....)

De acuerdo con el artículo 2°, inciso h), de la Ley de Creación de este ente descentralizado (No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas) es parte de sus competencias la de hacer cumplir la Ley de Agua Potable, No. 1634 del 18 de septiembre de 1953, siendo que el artículo 16 de este último cuerpo normativo prohíbe las instalaciones, edificaciones o labores comprendidas en las “zonas cercanas a fuentes de abastecimiento (...) que perjudique en forma alguna (...) las condiciones físicas, químicas o bacteriológicas del agua; esta zonas serán fijadas por el Ministerio de Obras Públicas y Salubridad Pública” –órganos que, como ya se indicó fueron sustituidos, para todos los efectos legales, por el ICAA-. **Consecuentemente, al ICAA, también, le compete definir las áreas de protección de fuentes de abastecimiento tales como los manantiales o nacientes que son una forma natural de descarga de las aguas subterráneas.**” (Voto N° 1923-2004. El subrayado no es del original)

Sobre imposibilidad jurídica de asumir como criterio favorable o de “no oposición” el hecho de que SENARA y AYA no puedan emitir un criterio técnico sobre las concesiones de aguas a explotaciones ilegales, en el cortísimo plazo de 5 días que se les brinda para asistir a audiencia, nuestra jurisprudencia constitucional también ha establecido reiteradamente que en materia ambiental y de explotación de los recursos naturales **resulta inaplicable el silencio positivo:**

“Nótese, adicionalmente, que de haber involucrados en estos supuestos, bienes o terrenos que tienen una vocación de tutela medio ambiental, se estarían desconociendo una serie de principios ambientales, como el principio preventivo que rige la materia ambiental, según el cual, la

Administración –en términos generales– está obligada a adoptar las medidas necesarias para dar cabal protección al ambiente, y evitar daños que son irreversibles y el de la inoperancia del silencio positivo en la materia ambiental, según el cual, tratándose del uso y aprovechamiento de los recursos naturales, así como los bienes de dominio público, no opera el principio del silencio positivo contemplado en los artículos 330 y 331 de la Ley General de la Administración Pública, precisamente, en virtud del interés público ambiental, que compromete los valores fundamentales de la vida, la salud y el equilibrio ecológico de la tutela del ambiente, así como de la conceptualización de la tutela ambiental como un verdadero derecho ambiental (ver sentencia No. 2007-02063 de las 14:40 hrs. de 14 de febrero de 2007). (Voto N°1963-2012. Énfasis agregado)

En este sentido, el artículo 5 del proyecto de ley consultado también estaría violentando este principio fundamental derivado de la protección constitucional del derecho al ambiente, al disponer que el MINAE tendrá la obligación de otorgar la concesión de aguas una vez transcurrido el plazo establecido, sin reconocer la necesidad de contar, de previo, con el criterio técnico del SENARA y el AYA.

**E) Habilitación por ley para que, quienes realizan explotación ilegal de las aguas de dominio público, continúen haciéndolo en las mismas condiciones y con los mismos caudales (artículo 7 del proyecto de ley). Incumplimiento de las obligaciones constitucionales de proteger las fuentes de agua para evitar su sobreexplotación y garantizar la prioridad para el abastecimiento de las poblaciones (Constitución Política, artículos 21, 50, 89 y 121.14).**

Dice el artículo 7 del proyecto de ley consultado:

**“ARTÍCULO 7- APROVECHAMIENTO DEL RECURSO HÍDRICO**

*Otorgado el registro y la concesión el solicitante podrá mantener el aprovechamiento del agua en las condiciones en las que viene haciéndolo y conforme las necesidades y requerimientos.”*

Sobre los alcances de esta disposición, la Procuraduría General de la República advirtió, sin éxito, lo siguiente:

*“El proyecto de ley habilitaría al solicitante a continuar aprovechando el recurso hídrico en las condiciones en las que lo ha venido haciendo, sin tomar en consideración, si la cantidad de litros por segundo que ha venido utilizando, puede eventualmente comprometer o ha estado comprometiéndolo otras fuentes de abastecimiento o consumo humano. Lo cual, a su vez, puede resultar contrario al artículo 50 de la Constitución Política.*

*El objeto de la concesión de aguas es, justamente, establecer y regular el aprovechamiento racional del recurso hídrico, a través de la planificación hídrica y la concesión administrativa, como técnicas para garantizar su protección y conservación y evitar así, su agotamiento irreversible. Es por ello que dicha potestad está reservada únicamente al Estado, a través de la figura de la concesión.*

*Delegar, de manera directa al interesado, la determinación de la cantidad de agua que podrá seguir aprovechando, implica omitir las potestades de imperio que ostenta la Administración, toda vez que estarían prevaleciendo los intereses del solicitante, por sobre el interés público y la obligación del Estado de proteger el recurso hídrico, a través de la concesión de aprovechamiento y la determinación del caudal que técnicamente pueda otorgarse.” (Opinión Jurídica N° OJ-096-2022. El subrayado no es del original)*

Por su parte, el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa en su Informe Integrado sobre el expediente N° 22.709, al analizar el citado artículo 7 (anteriormente artículo 8 del proyecto de ley) señaló:

*“Este artículo dispone que, otorgado el registro y la concesión, el solicitante podrá mantener el aprovechamiento del agua para actividades de producción agropecuaria en las condiciones en las que venía haciéndolo y conforme las necesidades y requerimientos agronómicos del cultivo.*

*Con esta disposición el proyecto de ley reitera su alejamiento de la visión ecosistémica del recurso hídrico, la cual se fundamenta en que la utilización del recurso hídrico parte de un caudal o disponibilidad mínima necesario para el equilibrio ecosistémico. Esta visión ecosistémica del recurso hídrico, lejos de atender contra la producción, garantiza en el largo plazo con una debida planificación, así como la disponibilidad del recurso tanto para consumo humano, como productivo y de los ecosistemas.” (N° AL-DEST-IIN-013-2022 de 31 de agosto de 2022)*

También el Servicio Nacional de Riego y Avenamiento (SENARA), en respuesta a la consulta formulada por la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley 22.709 hizo señalamientos muy serios sobre esta norma:

*“(…) en el artículo 8 se indica que el solicitante podrá mantener el aprovechamiento del agua en las condiciones en las que viene haciéndolo, por lo que esta amnistía estaría permitiendo el aprovechamiento de pozos que legalmente no cumplen con los lineamientos de ley y/o técnicamente no deberían ser explotados por los riesgos a la afectación de la calidad o cantidad del agua subterránea, **condición bajo las cuales fueron denegados pozos presentados en las tres amnistías pasadas.**” (SENARA, Oficio N°DIGH-027-2022 de 21 de febrero de 2022. Énfasis agregado).*

Como puede observar la Sala Constitucional, el artículo 7 (anteriormente artículo 8) del proyecto de ley consultado busca otorgar a las personas físicas y jurídicas beneficiadas con esta Ley el derecho de mantener el aprovechamiento de las aguas de dominio público *“en las condiciones en que venían haciéndolo”*. Esto implicaría, sobre todo, el derecho reconocido por ley a seguir explotando los caudales de agua que se venían extrayendo mediante la perforación o el aprovechamiento ilegal. De esta forma quienes se beneficien por el trámite exprés de registro concesión de pozos y aprovechamientos de aguas realizados ilegalmente, obtendrían una especie de “derecho adquirido” a seguir explotando el agua en las mismas condiciones en que lo venían haciendo, sin importar si dichas condiciones son adecuadas técnicamente, son sostenibles ambientalmente o perjudican otros usos prioritarios del recurso hídrico.

En este sentido, se consulta a la Sala Constitucional si esta norma:

- 1) Violenta la obligación del Estado a garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 de la Constitución Política). En concreto, la obligación del Estado de proteger las aguas subterráneas y actuar para prevenir su sobreexplotación.**

La norma consultada limitaría la capacidad del Estado costarricense de actuar oportunamente para prevenir y limitar la sobreexplotación de las fuentes de aguas superficiales y subterráneas: al otorgar por ley a los titulares de pozos y aprovechamientos de agua realizados ilegalmente un derecho a mantener los caudales que vienen extrayendo y las demás condiciones en que realizan su actividad ilegal, se limitaría y se dificultaría notablemente la acción de las instituciones encargadas de proteger las aguas de dominio público para intervenir, limitando la cantidad de agua explotada por cada concesionario y realizando una asignación más racional de un recurso escaso y finito como es el agua.

Cabe recordar que, como ha dicho la Sala Constitucional los impactos ambientales y sociales de la sobre explotación de las aguas son nefastos: *“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 encarecimientos 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.”* (Voto N° 1923-2004)

Así las cosas, al pretender otorgar una especie de “derecho adquirido” a quienes realizan explotaciones ilegales de las aguas con fines agropecuarios para que sigan extrayendo las mismas cantidades de agua, en las mismas condiciones, la norma consultada estaría debilitando aún más la capacidad de la institucionalidad del Estado costarricense para intervenir proactivamente en aras de prevenir y corregir la sobreexplotación de los mantos acuíferos y las aguas superficiales.

- 2) Violenta la protección constitucional de las aguas como bien de la Nación y de la prioridad para el abastecimiento de poblaciones. (artículo 50 de la Carta Magna, párrafo quinto)**

Según esta norma constitucional, las aguas son un bien de la Nación, esencial para la vida. Esto significa que son un bien de dominio público, en los términos dispuestos en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente (N° 7554). Se trata entonces de un bien que pertenece a la colectividad. Todas las personas tienen derecho a utilizar las fuentes de agua para satisfacer sus necesidades básicas y realizar actividades productivas. Para estos efectos, existe normativa que regula los usos comunes y la asignación de concesiones para el aprovechamiento racional de las fuentes de agua por particulares, sin afectar los derechos de las demás personas, ni comprometer la sostenibilidad del recurso. El Estado costarricense tiene la obligación de ordenar y planificar los distintos usos del agua, con base en criterios técnicos, a fin de garantizar estos derechos.

No cabe duda de que el agua es un bien de usos múltiples. Su uso es necesario en las distintas actividades humanas, incluida la actividad agropecuaria. Esto no se discute. Pero debe existir una planificación y un ordenamiento para garantizar el uso racional del recurso. Eso ordenamiento puede implicar la definición de prioridades para asignar equitativamente un recurso que cada vez es más escaso. Desde esta perspectiva, el artículo 50 constitucional establece un principio fundamental: *“tendrá prioridad el abastecimiento de agua potable para consumo de las personas y las poblaciones”*.

Pero, como lo advierte la Procuraduría General de la República, la norma consultada pondría en peligro este principio fundamental, ya que pretende imponer por ley una priorización distinta y un marco de mayor rigidez que dificultaría la acción de las autoridades competentes para tomar medidas en aras de garantizar el principio constitucional de prioridad para abastecimiento de las poblaciones. A disponer, por ley, que quienes realizan una explotación ilegal de las fuentes de agua en actividades agropecuarias tendrán derecho a mantener esa explotación en las mismas condiciones (con los mismos caudales) se habilita la posibilidad de que esta disposición sea opuesta a la necesidad de que el Estado intervenga para redistribuir un recurso escaso a fin de garantizar el abastecimiento para consumo humano.



Así las cosas, la norma consultada estaría habilitando que prevalezca el interés particular de quienes realizan en la actualidad extracciones ilegales de las aguas de dominio público, por encima del interés de la colectividad de que de garantice el abastecimiento para consumo humano.

**F) Imposición de una obligación legal al Poder Ejecutivo (MINAE) de otorgar concesiones de aguas superficiales y subterráneas a todas las personas titulares de perforaciones y aprovechamientos ilegales que realicen el trámite previsto en esta ley (artículo 2 del proyecto de ley). Violación del régimen constitucional que regula las concesiones sobre bienes de dominio público (Constitución Política, artículos 50 y 121, inciso 14).**

Como ya se explicó en los apartados previos de esta consulta, de la integración de los artículos 2 y 5 del proyecto consultado se desprende que la iniciativa busca imponer una obligación sobre el otorgamiento de concesiones de aguas al Poder Ejecutivo, en concreto al Ministerio de Ambiente y Energía y a su Dirección Nacional de Aguas. Esta obligación consistiría en el deber de otorgar concesiones de aguas superficiales y subterráneas a todas las personas físicas y jurídicas que se acojan a la “amnistía” regulada en esta Ley.

Nótese que no se deja margen alguno a la decisión discrecional del Poder Ejecutivo ni para el análisis de las circunstancias de cada caso concreto. Tanto el artículo 2 como el artículo 5 son claros en utilizar tiempos verbales imperativos: “emitirá la resolución de registro y concesión para el aprovechamiento del recurso hídrico” dice el artículo 5 para referirse, tanto a las perforaciones ilegales, como a otros aprovechamientos ilegales de las aguas para fines agropecuarios.

Ante estas disposiciones, se consulta a la Sala Constitucional si las obligaciones anteriormente descritas, en los términos en que están formuladas, son conformes con el diseño constitucional que protege las aguas como bienes de dominio público y, en general, con el marco constitucional que regula las concesiones para que particulares aprovechen los bienes de la Nación (artículos 50 y 121 inciso 14). La consulta se motiva en las siguientes preocupaciones.

No cabe duda de que las aguas superficiales y subterráneas son un bien de dominio público. Así lo dispone expresamente el artículo 50 de la Carta Magna (párrafo quinto) y el numeral 50 de la Ley Orgánica del Ambiente. Esto implica que las aguas superficiales y subterráneas están sujetas a un régimen jurídico especial que la Sala Constitucional ha resumido de la siguiente manera:

*“(...) la doctrina y la jurisprudencia constitucional son consistentes en estimar que **los bienes demaniales** (dominicales o de dominio público) **son aquellos que tienen una naturaleza y régimen jurídico diverso de los bienes privados** –los cuales se rigen por el derecho de propiedad en los términos del artículo 45 de la Constitución Política-, en tanto, **por expresa voluntad del legislador, se encuentran afectos a un destino especial de servir a la comunidad, sea al interés público, y que, por tal motivo, no pueden ser objeto de propiedad privada, de modo que se encuentran fuera del comercio de los hombres**. Así, lo que define la naturaleza jurídica de los bienes demaniales es su vocación, en tanto se afectan, como se dijo, para darles un destino público especial en la forma como lo define el artículo 261 del Código Civil: “Son cosas públicas, las que por ley, están destinadas de un modo permanente a cualquier servicio de utilidad general, y aquellos que de todos modos pueden aprovecharse por estar, entregados a uso público”. **Se trata, así, de bienes que, además, por su especial naturaleza jurídica, presentan las siguientes características: son imprescriptibles, lo cual implica que por el transcurso del tiempo, no puede adquirirse el derecho de propiedad sobre éstos, ni siquiera, de mera posesión; es***

***decir, no pueden adquirirse mediante usucapión, así como, tampoco, pueden perderse por prescripción; son, en principio, inembargables, lo que hace que no puedan ser objeto de ningún gravamen o embargo, no por particulares, ni por la Administración y, finalmente, son inalienables, lo que se traduce en la condición que están fuera del comercio de los hombres y de donde no pueden ser enajenados, vendidos o adquiridos -a título gratuito u oneroso- por particulares ni por el Estado, de modo que están sujetos a un régimen jurídico especial y reforzado.***” (Voto N° 2010-012299 de las 14:05 horas de 21 de junio de 2010. El destacado no corresponde al original)

Este régimen especial y reforzado se encuentra contenido también en el artículo 121, inciso 14) de la Constitución Política que, en su párrafo tercero, dispone las reglas básicas para que los particulares y otros entes públicos puedan hacer uso de los bienes demaniales. Dice esta norma: “*Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.*”

De conformidad con este marco constitucional, los bienes de dominio público pueden ser aprovechados por particulares: 1) Mediante una concesión directamente otorgada por la Asamblea Legislativa, en cuyo caso el Poder Legislativo debe tramitar y analizar el expediente de la respectiva solicitud. 2) Mediante un contrato administrativo de concesión otorgado por el Poder Ejecutivo (artículo 140, inciso 19 de la Constitución Política), con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa mediante una la ley previamente aprobada. Este es el caso de la Ley de Aguas, N° 276, que regula las concesiones para el aprovechamiento del recurso hídrico superficial y subterráneo, que son otorgadas por el Poder Ejecutivo, previo trámite del expediente respectivo por la Dirección Nacional de Aguas del MINAE. Este otorgamiento constituye un acto administrativo

que debe ser razonado y motivado, **después de analizar los hechos y los fundamentos jurídicos y los criterios técnicos que constan en el expediente administrativo de cada caso concreto.** Por tratarse de bienes demaniales, el Poder Ejecutivo no está obligado a otorgar la concesión. Puede denegar la solicitud atendiendo a las circunstancias del caso, o bien con base en razones de interés público (por ejemplo: la necesidad de priorizar otros usos del agua o las necesidades de los ecosistemas).

En este sentido, los artículos consultados trastocan por completo el régimen jurídico anteriormente descrito. En primer lugar, disponen que la concesión será otorgada por la Dirección de Aguas del MINAE, cuando esta decisión es competencia del Poder Ejecutivo (Presidente o Presidenta de la República y Ministro o Ministra del ramo). En segundo lugar, y más grave, le imponen una obligación genérica a la autoridad administrativa de otorgar la concesión, rompiendo el ámbito de discrecionalidad que el Poder Ejecutivo tiene en esta materia, **pero sin el más mínimo conocimiento y análisis del respectivo expediente administrativo para cada caso concreto.**

Según sus competencias constitucionales, la Asamblea Legislativa podría tramitar y aprobar una concesión especial sobre bienes demaniales. Pero, para ello tendría que conocer el respectivo expediente administrativo, a fin de tomar una decisión fundada en criterios técnicos que no ponga en peligro dichos bienes.

Lo que resulta un sinsentido desde el punto de vista jurídico constitucional es que la Asamblea Legislativa pretenda obligar al Poder Ejecutivo a otorgar concesiones sobre un bien demanial como las aguas superficiales y subterráneas (esencial para la vida, finito, escaso y cada vez más vulnerable) sin analizar las circunstancias de cada caso concreto, sin conocer siquiera los respectivos expedientes administrativos, sin saber donde se ubica la explotación pretendida o el caudal extraído, sin conocer sobre la existencia o no de estudios técnicos, ignorando los impactos ambientales, desconociendo la afectación de áreas ambientalmente

frágiles y sin tener ni idea de las condiciones técnicas del pozo perforado o del aprovechamiento de aguas superficiales que se busca consolidar.

Evidentemente esta forma de proceder, no solo violenta el artículo 121.14 de la Constitución Política, sino que también constituye una lesión al artículo 50 constitucional ya que pone en peligro las fuentes de agua, porque obliga a otorgar derechos de concesión de forma automática, actuando "a ciegas" sin considerar los impactos ambientales y otros usos prioritarios del agua.

La Procuraduría General de la República también advirtió -una vez más sin ser escuchada- sobre esta violación constitucional:

*"En relación con la concesión de aguas, como medio de aprovechamiento del recurso hídrico, la Sala Constitucional también ha resuelto que, por tratarse de un bien de dominio público, dicha autorización, podrá otorgarse por el Ministerio de Ambiente y Energía, **previa valoración de oportunidad y conveniencia**. (Voto no. 16513-2005 de las 20 horas 4 minutos de 29 de noviembre de 2005). Al respecto indicó:*

*"Bajo la misma línea el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente indica:*

*"El agua es de dominio público, su conservación y uso sostenible son de interés social".*

*Debido a la naturaleza pública del agua, la titularidad que ostenta el Estado se ejerce a través del Ministerio de Ambiente y Energía según lo establece el artículo 17 de la Ley de Aguas:*

*"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 o vigilancia sobre las aguas de dominio público, conforme a la ley N° 258 de 18 de agosto de 1941..."*

***IV.- De lo artículos transcritos se desprende entonces que el agua es un bien de dominio público respecto del que se pueden otorgar autorizaciones para su aprovechamiento, siendo precisamente el Ministerio de Ambiente y Energía el llamado a conceder tales autorizaciones, previa valorización de la oportunidad y conveniencia de su otorgamiento en un procedimiento de concesión de aprovechamiento de aguas; procedimiento que se justifica debido a la naturaleza vital y necesaria del agua para el óptimo desarrollo de la humanidad y porque se trata de un bien escaso lo que incrementa su valor económico y social. El procedimiento de concesión de aprovechamiento de aguas se encuentra establecido en la Ley de Aguas y el mismo debe ser seguido a cabalidad porque establece una serie de requisitos que pretenden, en última instancia, proteger ese recurso y el ambiente en general." (Se añade negrita)***

*La Sala Constitucional, en la sentencia de cita, fue enfática en señalar que el procedimiento de concesión de aprovechamiento de aguas, que se encuentra establecido en la Ley de Aguas, debe ser seguido a cabalidad, habida cuenta de que establece una serie de requisitos cuyo fin es la protección del recurso hídrico y el medio ambiente.*

*De todo lo anterior, se considera que en los términos en que se pretende el otorgamiento de la concesión de aprovechamiento de aguas respecto de pozos ya perforados y, fuentes superficiales ya captadas, es decir, de manera **concomitante** a la inscripción de éstos y sin cumplir con los requisitos previos que requiera la Dirección de Aguas del MINAE, así como toda la normativa que lo sustenta para llevar a cabo una valoración sobre la*

*pertinencia de otorgar dicho aprovechamiento, puede representar un roce de constitucionalidad con el artículo 50 de la Constitución Política.*

(...)

***Otorgar la concesión de aprovechamiento de aguas de manera concomitante a la inscripción del pozo o de las fuentes superficiales - para uso agrícola-, implicaría desatender todos los requisitos necesarios para realizar una valoración previa sobre la procedencia o no de una concesión de aprovechamiento, dejando en desprotección el recurso hídrico.*** (Opinión Jurídica N° 096-2022)

Del criterio transcrito de la Procuraduría General de la República y de la sentencia citada de la Sala Constitucional (Voto N° 16513-2005), destaca la conclusión de que la decisión de otorgar o no una concesión de aguas debe responder a una valoración de conveniencia y oportunidad del órgano competente para tomar dicha decisión, a partir del análisis del respectivo expediente administrativo del caso concreto. No puede ser de otra forma, porque el agua es un bien de dominio público y es un recurso cada vez más escaso, que se requiere para múltiples actividades humanas con prioridad para el abastecimiento de las poblaciones, así como para garantizar la salud de los ecosistemas.

Así las cosas, las normas consultadas resultarían incompatibles con los principios anteriormente descritos, en tanto pretenden atar de manos al Poder Ejecutivo, obligándolo, a priori, a otorgar concesiones a favor de un uso determinado, sin analizar el respectivo expediente administrativo y las condiciones de cada caso concreto, desnaturalizando el procedimiento de concesión y vaciando de su contenido esencial el carácter de bien demanial de las aguas superficiales y subterráneas. Estas ya no estarían destinadas al uso y disfrute de la colectividad, sino que de forma automática quedarían reservadas para un tipo de uso particular, consolidando explotaciones realizadas ilegalmente, sin analizar, con datos, criterios técnicos, en el terreno y a partir de las circunstancias de cada caso concreto, las consecuencias para el ambiente y para otras actividades humanas de tal decisión.

**G) A manera de conclusión. Violación del Principio de Progresividad y No Regresión de la Protección Ambiental, por todas las omisiones y disposiciones del proyecto de ley consultado, citadas en los apartados anteriores, al debilitar significativamente el ordenamiento jurídico destinado a proteger las fuentes de agua superficiales y subterráneas.**

Finalmente, se consulta a la Sala Constitucional si las omisiones y disposiciones del proyecto de ley consultado (citadas y explicadas en los apartados A, B, C, D, E, y F anteriores) son conformes con este principio fundamental derivado de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica y que la Sala Constitucional ha desarrollado de la siguiente manera:

**“V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El principio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de los estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de**



**irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección alcanzada. 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. En este sentido, la Sala Constitucional ha expresado en su jurisprudencia, a propósito del derecho a la salud: “...**conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales.** Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. (Sentencia de la Sala Constitucional N° 9469-07). **En relación con el derecho al ambiente dijo: “Lo anterior constituye una interpretación evolutiva en la tutela del ambiente conforme al Derecho de la Constitución, que no admite una regresión en su perjuicio.”** (Sentencia de la Sala Constitucional N° 18702-10)”. (Voto N° 2012-13367 de las 11:33 horas del 21 de setiembre de 2012)

En el caso del expediente 22.709 habría una evidente regresión en comparación con las normas vigentes del ordenamiento jurídico, que regulan el otorgamiento de permisos para la perforación de pozos y de concesiones para el aprovechamiento de las aguas superficiales y subterráneas de dominio público. Este marco regulatorio se debilita omitiendo estudios y criterios técnicos, evaluaciones de impacto ambiental, inspecciones de campo y regulaciones o requisitos básicos para proteger áreas ambientalmente frágiles, todo en detrimento de la protección y conservación del ambiente y de las fuentes de agua del país.







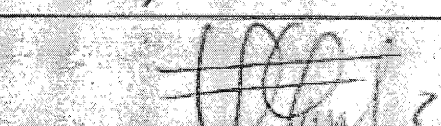



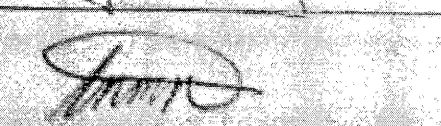
Asimismo, el proyecto de ley consultado establece un trámite exprés para otorgar derechos de concesión a aprovechamientos ilegales que prescinde de requisitos y trámites que existen en la actualidad para prevenir la sobreexplotación de las fuentes de agua y evitar daños al recurso hídrico. Además, las normas consultadas debilitan los criterios técnicos de instituciones con competencias específicas de protección de las aguas de dominio público, como SENARA y AYA y obligan al MINAE a otorgar de forma automática derechos de concesión a aprovechamientos ilegales sin medir las consecuencias para el ambiente ni analizar las condiciones de cada caso concreto y limitando la capacidad del Estado redistribuir los caudales asignados en función de las necesidades existentes y los usos prioritarios del agua. Todas estas disposiciones implican un evidente retroceso en detrimento de la protección del recurso hídrico y su distribución equitativa para todas las personas y comunidades.

## **V. NOTIFICACIONES**

Recibiremos notificaciones mediante el correo electrónico [priscilla.vindas@asamblea.go.cr](mailto:priscilla.vindas@asamblea.go.cr), rotulado a nombre de la diputada Priscilla Vindas Salazar.

San José, 02 de febrero del 2023.

inscritas y otorgamiento de concesiones para el aprovechamiento del recurso hídrico en actividades de producción agropecuaria" (Expediente 22.709).

Nombre del Diputado o Diputada	Firma
1. Priscilla Vindas Salazar	
2. Jonathan Acuña Soto	
3. Ariel Robles Barrantes	
4. Rocio Alfaro Molina	
5. Sofía Guillén Pérez	
6. Antonio Ortega Gutiérrez	
7. Luis Edo Mendoza Jiménez	
8. Andreo Alvarez Morán	
9. Rosaura Méndez Corumbao	
10. Pedro Rojas Geyman	
11. Luis May Alvarado Lozano	
12.	
13.	