

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (33-66) enero-abril 2010

HERRAMIENTAS DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL DE POTENCIAL USO PARA PROTEGER EL RECURSO HÍDRICO

Jorge Cabrera Medaglia^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 06/04/09; aceptado 23/11/09)

(*) Abogado especialista en derecho ambiental. Asesor Legal del Instituto Nacional de Biodiversidad. Profesor de Derecho Ambiental del Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental y de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica.

Teléfono: 83260907. jacmed@racsa.co.cr

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

RESUMEN

El presente artículo analiza los instrumentos legales existentes en el ordenamiento jurídico costarricense –y la interpretación judicial y administrativa que sobre ellos han realizado los órganos competentes– para la protección de los recursos hídricos. Se concluye que si estos instrumentos son apropiadamente utilizados e implementados se permitiría una mejor tutela de las aguas superficiales y subterráneas.

Palabras claves: Derecho ambiental; ordenamiento territorial; jurisprudencia constitucional y administrativa; protección del recurso hídrico; marcos regulatorios para la tutela de las aguas superficiales y subterráneas.

ABSTRACT

This article addresses the legal mechanisms found in the body of laws in force in Costa Rica –as well as their interpretation by the competent administrative and court authorities– for the protection of water resources. It is concluded that if properly used and implemented, these instruments would play a relevant role in the protection of water resources.

Key words: Environmental Law; urban planning; administrative and constitutional jurisprudence; water resources protection; regulatory frameworks for the protection of surface and underground water resources.

SUMARIO

Introducción

1. Limitaciones al desarrollo de actividades productivas y construcción en terrenos privados en áreas silvestres protegidas sometidas al Plan de Ordenamiento Ambiental.
2. Análisis de las posibilidades legales para la creación de áreas de recarga acuífera.
3. Protección de la terrenos según el artículo 32 de la Ley de Aguas, disposiciones de la Ley de Agua Potable y artículo 7 de la Ley del ITCO (hoy IDA).
4. Análisis de la figura de los planes reguladores u otras formas de intervención de los municipios para la protección del recurso hídrico.

Conclusión



INTRODUCCIÓN

El uso de las herramientas e instrumentos de planificación, protección y gestión del territorio existentes en la legislación nacional vigente, constituye una de las alternativas para lograr la conservación de terrenos que permitan la protección del recurso hídrico y la consecuente prestación del servicio público de suministro de agua potable. El siguiente artículo pretende exponer brevemente algunas de las opciones que brinda el ordenamiento jurídico existente para promover la protección de las aguas superficiales y subterráneas.

1. LIMITACIONES AL DESARROLLO DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS Y CONSTRUCCIÓN EN TERRENOS PRIVADOS EN ÁREAS SILVESTRES PROTEGIDAS SOMETIDAS AL PLAN DE ORDENAMIENTO AMBIENTAL

Una de las opciones para la protección del recurso hídrico consiste en limitar ciertos usos o actividades en terrenos privados que se encuentran localizados dentro de Areas Silvestres Protegidas.

De acuerdo el artículo 32 de la Ley Orgánica del Ambiente, el Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Ambiente y Energía, podrá establecer áreas silvestres protegidas, en cualquiera de las categorías de manejo que se establezcan y en las que se señalan a continuación:⁽¹⁾

- Reservas forestales
- Zonas protectoras
- Parques nacionales
- Reservas biológicas

(1) El reglamento a la LB, decreto No. 34443-MINAE publicado en La Gaceta del 8 de abril del 2008, recoge las definiciones de categorías de manejo (art. 70) y adiciona las dos categorías marinas (Reservas Marinas y Areas Marinas de Manejo). En otros decretos se hace mención a esquemas de protección (corredores biológicos (decreto No. 33494-MINAE publicado en la Gaceta del 14 de agosto del 2007 que constituye el Corredor Biológico Paso de Las Lapas), santuarios marinos (decreto No. 34327-MINAE-MAG publicado en La Gaceta del 11 de marzo del 2008, que declara las aguas interiores del mar territorial y de la zona económico exclusiva de ambos mares, Santuario para Ballenas y Delfines); El artículo 1 del decreto No. 24282 MP-MAG-MIRENEM del 1 de agosto de 1995 (Decreto de creación de las AMUM) establece la categoría de

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

- Refugios nacionales de vida silvestre. Los Refugios de Vida Silvestre pueden ser estatales, mixtos (una porción del Estado y otra de los particulares) y privados.
- Humedales
- Monumentos Naturales

Esas categorías de manejo y las que se creen en el futuro, serán administradas por el Ministerio de Ambiente y Energía, salvo las establecidas en el artículo 33 de esta Ley (monumentos naturales). Las municipalidades deben colaborar en la preservación de estas áreas.

La Ley de Biodiversidad define Área Silvestre Protegida como “una zona geográfica delimitada, constituida por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a la conservación y a proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general” (art. 58).

El artículo 114 de la Ley de Biodiversidad, modifica el artículo 37 de la Ley Forestal, No. 7575 del 3 de febrero de 1996, para establecer que el Poder Ejecutivo puede establecer Áreas silvestres protegidas, cualquiera que se su categoría de manejo, quedando facultado para incluir, dentro de los límites, las fincas o partes de fincas particulares necesarias para el cumplimiento de los objetivos señalados en esta Ley y para instrumentarlos de acuerdo con el respectivo plan de manejo o crear las servidumbres legales para la protección ecológica.

Cuando se trate de parques nacionales, reservas biológicas o refugios nacionales de vida silvestre estatales, los terrenos serán

AMUM, la cual estará conformada por las áreas marinas que se hayan incluido dentro de las áreas silvestres protegidas que haya declarado el MINAE, las que continuarán siendo manejadas por las regulaciones específicas vigentes para ellas, así como por aquella zona marina adicional, que se declare como su zona de influencia, la que se registrará conforme este decreto ejecutivo. Por su parte, por medio del decreto No. 24483-MP-MAG-MIRENEM del 1 de agosto de 1995 se instauran con estos objetivos seis AMUM, etc. No obstante, estas no pueden ser conceptualizadas como nuevas categorías de manejo propiamente dichas.

adquiridos por compra o expropiación. En los casos de reservas forestales, zonas protectoras, refugios de vida silvestre mixtos y humedales, los predios o sus partes también podrán comprarse o expropiarse, salvo que por requerimiento del propietario se sometan voluntariamente al régimen forestal. Esta sujeción debe inscribirse como afectación en el Registro Público.

Las fincas particulares afectadas, según lo dispuesto en este artículo, por encontrarse en parques nacionales, reservas biológicas, refugios de vida silvestre, reservas forestales y zonas protectoras, quedarán comprendidas dentro de las Áreas protegidas estatales, solo a partir del momento en que haya pago o expropiación o se sometan voluntariamente al plan de manejo.

Tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre y en caso de que la expropiación o el pago no se hayan efectuado y mientras se efectúa las áreas quedarán sometidas a un plan de ordenamiento ambiental, que incluye la evaluación de impacto ambiental y posteriormente, al plan de manejo, recuperación y reposición de los recursos (art 37).

En estas tres categorías de manejo, debido a que en ellas existe propiedad privada, las actividades permitidas y aquellas prohibidas se determinarán con fundamento en el Plan de Ordenamiento Ambiental. Dicho Plan fue publicado en La Gaceta del 15 de mayo del 2001 decreto No. 29393-MINAE y se refiere a cada una de las diferentes áreas protegidas indicadas en específico, es decir con las limitaciones impuestas para cada una de ellas.

Una alternativa para la protección de terrenos boscosos que permitan la protección hídrica radica en la reforma al Plan de Ordenamiento Ambiental a efectos de limitar las actividades productivas en los terrenos privados. Estas limitaciones en el tanto no afecten el núcleo esencial del derecho de propiedad no deben ser indemnizadas y podrían ser establecidas en función de la protección del recurso hídrico.

2. ANÁLISIS DE LAS POSIBILIDADES LEGALES PARA LA CREACIÓN DE ÁREAS DE RECARGA ACUÍFERA

La Ley de Biodiversidad No. 7788 modifica la definición de áreas de recarga acuífera contemplada en la Ley Forestal 7575 de la siguiente manera:

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

“Áreas de recarga acuífera: superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los cauces de los ríos, según delimitación establecida por el Ministerio de Ambiente y Energía por su propia iniciativa o a instancia de organizaciones interesadas, previa consulta con el Instituto de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Riesgo y Avenamiento u otra entidad técnicamente competente en materia de aguas” (artículo 3 inciso m).

Sobre este aspecto el Dictamen 133-2004 de la Procuraduría indica:

“Ahora bien, la norma consultada no contempla las áreas de recarga acuífera, cuya delimitación sí es atribuida legalmente al Ministerio del Ambiente y Energía, pero que no debe confundirse con el alineamiento (que sí recae en el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo), pues se trata de una labor técnica distinta, como puede verse del mismo inciso d) del artículo 33 y del l) del numeral 3° de la Ley Forestal que estipula:

“Áreas de recarga acuífera: Superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los acuíferos y cauces de los ríos, según delimitación establecida por el Ministerio del Ambiente y Energía por su propia iniciativa o a instancia de organizaciones interesadas, previa consulta con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento u otra entidad técnicamente competente en materia de aguas.”

Precepto que repite el artículo 2° del Reglamento a la Ley Forestal, No. 25721-MINAE del 17 de octubre de 1996:

“Área de recarga acuífera: Son aquellas superficies de terrenos en las cuales ocurre la principal infiltración que alimenta un determinado acuífero, según delimitación establecida por el MINAE mediante resolución administrativa, previa consulta

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (33-66) enero-abril 2010

con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Riego y Avenamiento, u otra entidad competente técnicamente en materia de aguas.”

El Reglamento a la Ley de Uso, Manejo y Conservación de Suelos, No. 29375 MAG-MINAE-S-HACIENDA-MOPT del 8 de agosto del 2000, define acuífero como: “*Depósito subterráneo de aguas provenientes de la infiltración de este recurso natural, a través del perfil del suelo, sometido al régimen del Ciclo Hidrológico*” y área de recarga acuífera: “*Superficies territoriales las cuales ocurre la mayor parte de la infiltración del agua a través de la corteza terrestre, que alimenta acuíferos y cauces de ríos.*” (Artículo 6°).

Como se dijo en la Opinión Jurídica OJ-064-2002 del 30 de abril del 2002, esta delimitación se hace topográfica y cartográficamente, y a manera de ejemplo puede verse el Decreto No. 28024-MINAE de 9 de julio de 1999, publicado en La Gaceta No. 154 del 10 de agosto de 1999, que establece el área de recarga acuífera de la cuenca del Río Bananito, describiendo su perímetro mediante coordenadas, según los mapas básicos del Instituto Geográfico Nacional, escala 1:50.000, río Banano 3545 I y Estrella 3545 II.

En razón de lo anterior, “*el INVU debe previamente, recabar el informe técnico del MINAE sobre los límites de dichas zonas, y plasmarlos como alineamiento en los planos que les sean presentados para ese efecto.*”

(Dictamen C-042-99); sin olvidar la eventual participación del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, con motivo de la necesaria coordinación de competencias entre las instituciones:

“...atendiendo a un principio de derecho administrativo como lo es que la interpretación de las normas debe buscar la mejor satisfacción del fin público—artículo 10 LGAP— se concluye que la mejor forma de garantizar el recurso natural “agua” es coordinando la actividad que sobre él ostentan tanto el A. y A. como otros repartos de la Administración (...) la intervención del Instituto en el establecimiento de las áreas de recarga acuífera no es una competencia que haya sido trasladada

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

exclusivamente al MINAE, de donde la coordinación y ejecución de tareas atendiendo a la especialidad y recursos con que cuenten cada uno de ellos se torna en indispensable para la consecución del fin público que subyace en las normas (protección del ambiente). (Dictamen C-019-98 del 6 de febrero de 1998 y pronunciamiento OJ-064-2002 del 30 de abril del 2002).

Según la sentencia de la Sala Constitucional en el caso de Urbanización Linda Vista de Poás de Alajuela (Voto 1923 del 25 de febrero del 2004).

“La Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996, en su artículo 3º, inciso D), define las áreas de recarga acuífera como “Las superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los acuíferos y cauces de los ríos (...)”. La descarga natural es el volumen de agua que, durante un período de tiempo, sale naturalmente del acuífero a través de los manantiales superficiales, subfluviales o submarinos, por evapotranspiración o por percolación vertical hacia acuíferos inferiores. La descarga artificial se produce a través de la extracción del agua mediante pozos, zanjas, trincheras o túneles. Las áreas de descarga de las aguas subterráneas comprenden todos aquellos puntos en los que la tabla de agua o nivel freático intersecta la superficie del suelo –manantiales, nacientes, filtraciones– el curso de un río o los lechos marinos o lacustres.”

Con respecto a las áreas de recarga acuífera, que solo pueden ser delimitadas por el MINAE siguiendo el procedimiento de consulta antes indicado, no se establece en particular cuál es el régimen legal aplicable (prohibiciones y actividades permitidas) más allá de las restricciones del artículo 34 de la propia ley. Por ejemplo, el decreto que delimita la zona de recarga acuífera de la cuenca del Río Bananito se limita a establecer su perímetro, sin indicar cuáles consecuencias legales se derivan de ello. No obstante, el decreto que establezca dicha delimitación podría determinar un conjunto de prohibiciones y otras disposiciones congruentes con el fin de protección del recurso hídrico derivado de la misma delimitación de estas áreas adicionales a las contenidas en el artículo 34 de la Ley Forestal. En los casos, en los cuales este régimen implicará afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad, deberá procederse a la correspondiente indemnización a los propietarios respectivos, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la

Constitución Política y la jurisprudencia de la Sala Constitucional relevante (sentencia No. 796-91 del 26 de abril de 1991 y otras en similar sentido).

Ha indicado en este sentido la Sala Constitucional en el Voto 2007-10578 del 25 de julio del 2007

“El derecho de propiedad tiene un contenido esencial que la Sala ha definido como la facultad de disfrutar y usar el bien para provecho personal (propiedad privada) o para utilidad pública (propiedad pública). Por ello, so pretexto de imponer determinadas limitaciones de “interés social”, no puede la autoridad pública, sea el Legislador o el Ejecutivo, eliminar uno o varios de sus atributos esenciales. En tal situación, es decir, si las limitaciones impuestas a la propiedad vulneran el contenido esencial del derecho de propiedad, el propietario tiene derecho a ser indemnizado por ello. En este sentido, la Sala ha señalado:

“Es decir, pueden limitarse los atributos de la propiedad, en tanto el propietario reserve para sí la posibilidad de explotar normalmente el bien, excluida claro está, la parte o la función afectada por la limitación impuesta por el Estado. Fuera de estos parámetros, si el bienestar social exige sacrificios de uno o de algunos únicamente, debe ser indemnizado, lo mismo que ocurre cuando el sacrificio que se impone al propietario es de tal identidad, que lo hace perder en su totalidad el bien. Así, la limitación a la propiedad resiste el análisis constitucional, cuando la afectación a los atributos esenciales de la propiedad que son aquellos que permiten el uso natural de la cosa dentro de la realidad socio-económica actual, no hace desaparecer la naturaleza del bien o no haga imposible el uso de la cosa, porque el Estado imponga requisitos de autorización o de aprobación tan complejos que impliquen de hecho, la imposibilidad de usufructuar el bien”. (sentencia N° 2345-96).

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Es así como la “inviolabilidad” del derecho que consagra la norma en comentario, debe ser comprendida como una característica esencial de todos los derechos fundamentales reconocidos en el propio texto constitucional o en los diversos tratados internacionales de derechos humanos, según la cual si bien pueden ser regulados, esa regulación no puede ser arbitraria ni puede afectar el denominado “núcleo esencial” del derecho, so pena de considerar violado el derecho en cuestión. En el caso de la propiedad, la inviolabilidad se traduce en la imposibilidad o prohibición, tanto para el Estado como para los particulares, de privar al propietario de un bien inmueble a través del engaño o fuerza. En el caso del Estado, únicamente podrá despojar al propietario de su bien inmueble a causa de utilidad pública legalmente comprobada, y mediante el procedimiento o diligencias de expropiación, el cual exige el pago previo de la indemnización para que la Administración tome posesión de aquel (en este sentido sentencia N° 2003-03656 de las 14:43 horas del 7 de mayo del 2003)”.

3. PROTECCIÓN DE LA TERRENOS SEGÚN EL ARTÍCULO 32 DE LA LEY DE AGUAS, DISPOSICIONES DE LA LEY DE AGUA POTABLE Y ARTÍCULO 7 DE LA LEY DEL *ITCO* (HOY *IDA*)

La sentencia de la Sala Constitucional en el caso de Urbanización Linda Vista de Poás de Alajuela (Voto 1923 del 25 de febrero del 2004), es bastante clara con respecto a la protección de aguas subterráneas:

“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. Nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (legislación, reglamentos y decretos) carece, lamentablemente, de una regulación precisa, clara y completa para la protección de los mantos acuíferos, zonas de recarga y áreas de captación de aguas subterráneas. En la legislación extranjera (v. gr. Ley de Aguas española 29/1985 del 2 de agosto) se prevén algunas potestades extraordinarias de intervención administrativa en la economía del agua que atañen directamente a la protección de los mantos acuíferos, en aras de lograr un aprovechamiento sostenido de los recursos hídricos, esto es, para garantizar una disponibilidad de agua en cantidad suficiente y calidad requerida para atender las necesidades humanas y ecológicas presentes y futuras. *Estas*

potestades administrativas extraordinarias, que deben ser admitidas en nuestro ordenamiento jurídico –pese a su falta de regulación– como implícitas en la competencia expresa y general de protección y conservación de las aguas subterráneas que tienen atribuidas el Estado y los entes descentralizados del sector hídrico, tienen sustento en la necesidad de lograr una utilización racional y equilibrada del agua. La escasez y degradación de las condiciones naturales del recurso hídrico imponen la posibilidad administrativa de adoptar tales medidas para evitar su agotamiento o deterioro irreversible y de superar, temporalmente, los efectos nocivos que pueda generar una crisis hídrica. Este tipo de medidas administrativas suponen diversas restricciones y controles drásticos sobre los múltiples usos o aprovechamientos de agua –en especial los generales o especiales de carácter privado– y sobre las actividades preexistentes que puedan afectar el recurso en cuanto se justifican en un interés público, por lo que no afectan el derecho de propiedad o la integridad del patrimonio. En esencia, tales medidas deben ser reputadas como limitaciones de interés social que no vacían de contenido el derecho de propiedad o amplían el dominio público sobre las aguas subterráneas sin previa indemnización sino que moldean su contenido esencial por lo que deben ser soportadas, al tratarse de un sacrificio o una carga general, por todos los usuarios, los que, en último término, son los beneficiarios de éstas, en tanto están orientadas a corregir una situación coyuntural de carestía o contaminación inminente que afecta la economía del recurso hídrico en una zona determinada. Tales medidas administrativas de intervención, virtualmente contenidas en los artículos 32 de la Ley de Aguas de 1942 y 10° del Reglamento de Perforación y Explotación de Aguas Subterráneas (Decreto Ejecutivo No. 30387 del 29 de abril del 2002), pueden ser las siguientes: ⁽²⁾

- (2) El AyA mediante Acuerdo de la Junta Directiva No. 2006-615 publicado en La Gaceta del 24 de noviembre del 2006, ordena la aplicación del mapa hidrogeológico del Valle Central realizado por el SENARA de manera que ante cualquier solicitud presentada por el administrado tendiente a la aprobación de desarrollos habitacionales, se aplique el mismo, debiendo el interesado construir sistemas de tratamiento sanitario y planta de tratamiento, en las zonas de vulnerabilidad, alta media y baja. El Acuerdo fue posteriormente modificado por el Acuerdo No. 2008-512 publicado en La Gaceta del 10 de diciembre del 2008, empleándose una nueva Matriz de Criterios de Uso del Suelo según la Vulnerabilidad a la Contaminación de Acuíferos en sustitución de la Tabla contenida en el Acuerdo 2006-615. La modificación permite no exigir plantas de tratamiento en determinadas condiciones.

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

a) **Perímetros de protección de los mantos acuíferos:** Uno de los instrumentos más novedosos en la protección de los recursos hídricos es la definición de perímetros de protección para la conservación del recurso y de su entorno. Esta medida de intervención administrativa busca preservar la calidad y cantidad del agua contenida pero también de su continente, esto es, de la formación geológica denominada acuífero. Esa actividad consiste en proyectar y trazar sobre la superficie una demarcación bajo la que se asienta un acuífero o parte de éste, en la que se establece un régimen específico de utilización del dominio hidráulico –ordenación y restricción de las concesiones de agua preexistentes, impedimento de otorgar nuevas– y de control de las actividades e instalaciones que puedan afectarlo –a través de autorizaciones– (v. gr. minas, canteras; actividades urbanas que incluyan tanques sépticos, cementerios, rellenos sanitarios –almacenamiento, transporte y tratamiento de residuos sólidos y líquidos–; actividades agrícolas y ganaderas con depósito y distribución de fertilizantes y plaguicidas, riego con aguas residuales y granjas; actividades industriales con almacenamiento, transporte y tratamiento de hidrocarburos líquidos o gaseosos, productos químicos, farmacéuticos y radiactivos, industrias alimentarias y mataderos, etc.). *Evidentemente, la definición de perímetros por las autoridades nacionales –MINAE e ICAA– debe ser respetada por los gobiernos locales (Municipalidades) y el INVU (dada su competencia residual en materia de planificación urbana en ausencia de planes reguladores locales) para compatibilizar, desarrollar y reflejar efectivamente los condicionamientos establecidos en la definición de los perímetros de protección en la normativa contenida en los respectivos Planes Reguladores sobre los usos de suelo o de ordenación del territorio (v. gr. reglamento de zonificación, de construcciones, etc.).* Obviamente, a lo anterior debe añadirse la protección alrededor de las áreas de captación (pozos –PPP: perímetros de protección de los pozos–, manantiales, nacientes, etc.), mediante la definición de una zona alrededor en la que se prohíban o limiten determinadas actividades humanas regulándose o controlándose el uso del suelo. La determinación del perímetro depende de la zona de captura o de carga del pozo (ZOC) y su extensión depende de las características y propiedades del área de captación y del terreno de recarga, puesto que, las normas no pueden ser iguales para el caso de terrenos permeables o fisurados que para los que tengan formaciones impermeables. La definición de perímetros debe conjugarse con la cartografía de vulnerabilidad o susceptibilidad natural de los mantos acuíferos de abastecimiento a las cargas de contaminación antrópica, en función de sus características hidrogeológicas y geoquímicas, ante

problemas de contaminación antropogénica, lo que se logra mediante el levantado de mapas. Sendas medidas, perímetros de protección y la cartografía de vulnerabilidad son idóneas para poder reubicar a tiempo un determinado tipo de actividad, la fuente de abastecimiento o, en último término, introducir métodos e instrumentos técnicos para el tratamiento y disposición de los agentes contaminantes”.

El voto también prevé otro tipo de medidas administrativas tales como la declaratoria de acuífero sobreexplotado; declaración de acuífero en proceso de intrusiones salinas; y estado de necesidad y crisis hídrica.

Igualmente, el voto es claro al reafirmar la profusa normativa que otorga potestades de intervención administrativa para proteger el recurso hídrico, mediante la imposición de diversos tipos de restricciones y medidas de ordenamiento, algunas de las cuales puede requerir, según su grado de afectación al derecho de propiedad, ser indemnizadas, otras solo constituyen un límite no indemnizable al derecho de propiedad privada. Este aspecto solo puede ser determinado caso por caso.

Dice la Sala:

“El artículo 31 de la Ley de Aguas No. 246 del 27 de agosto de 1942, declara como “reserva de dominio a favor de la Nación” lo siguiente: “a) Las tierras que circunden los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potables, en un perímetro no menor de doscientos metros de radio; b) La zona forestal que protege o debe proteger el conjunto de terrenos en que se produce la infiltración de aguas potables (...)”. Esta declaratoria resulta de suma importancia, puesto que, a partir de la misma surge la obligación del Estado, a través de sus órganos competentes, de fijar y determinar las áreas de protección perimetral de los pozos o áreas de captación –de 200 metros– y, desde luego, de las áreas de recarga de los mantos acuíferos –zona en que “se produce la infiltración de aguas potables”– que cuenten o deban contar con una capa forestal para su protección que son tan sensibles para su conservación y protección. De la misma forma, a partir de tal afectación expresa, el Estado puede ejercer las acciones reivindicatorias y posesorias para garantizar la indemnidad de esas zonas y substraerlas de todo tipo de contaminación sometiéndolas a un fuerte régimen de control del uso del suelo, atribución que, muy probablemente, ha omitido ejercer de forma oportuna y exacta. El numeral 32 de la Ley de

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Aguas de 1942 establece que “Cuando en un área mayor de la anteriormente señalada exista peligro de contaminación en las aguas superficiales o en las subterráneas, el Poder Ejecutivo, por medio de la Sección de Aguas Potables –actualmente ICAA– (...) dispondrá en el área dicha las medidas que juzgue oportunas para evitar el peligro de contaminación”, esta norma le impone un ineludible deber de colaboración y cooperación al Poder Ejecutivo con el ICAA para adoptar todos los actos y providencias administrativas oportunas y convenientes para conjurar el peligro de contaminación en un área mayor a los perímetros de protección de las áreas de recarga de los acuíferos y zonas de captación. El contenido de la norma es sumamente significativo y rico, puesto que, habilita al Estado para adoptar cualquier medida oportuna para evitar los daños y perjuicios irreversibles que podría provocar un estado de emergencia por crisis hídrica. Evidentemente se trata, también, de una competencia que no ha sido ejercida responsablemente o infrautilizada. La Ley General de Agua Potable, No. 1634 del 18 de septiembre de 1953, en su artículo 2º, establece que “Son de dominio público todas aquellas tierras que tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Salubridad Pública –órganos del Poder Ejecutivo que fueron sustituidos por el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados por virtud de su Ley de Creación No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas y, más concretamente, el artículo 2º, inciso h), que le encomendó hacer cumplir la Ley General de Agua Potable– consideren indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física, y caudal necesarios de las mismas (...)”, evidentemente, esta norma tiene una enorme trascendencia, puesto que, se declara de dominio público las áreas de captación que pueden incluir los manantiales o nacientes –forma de descarga natural de las aguas subterráneas– y, lo que es más importante, le otorga la condición de bien demanial a todos aquellos terrenos necesarios para asegurar la protección sanitaria y física y su caudal, lo cual, necesariamente, incluye las áreas de recarga de los mantos acuíferos claramente delimitadas a través de la actividad perimetradora ya indicada, puesto que, la desprotección de estas zonas incide, necesariamente, en la calidad –por contaminación– y caudal –por impermeabilización o sobreexplotación– de las aguas para consumo y uso humanos que brotan de un manantial. La Ley Forestal No. 7575 del 13 de febrero de 1996, en su artículo 33, incisos a) y d), respectivamente, dispone que son áreas de protección las “(...) que bordeen nacientes permanentes, definidas en un radio de cien metros medidos de modo horizontal” y “Las áreas de recarga y los acuíferos de

los manantiales, cuyos límites serán determinados por los órganos competentes establecidos en el Reglamento de esta ley”, evidentemente estas normas le dan sustento a la actividad o intervención administrativa para definir los perímetros de protección de los acuíferos y zonas de captación. La Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 del 13 de octubre de 1995, en su artículo 51, indica que para la conservación y uso sostenible del agua, deben aplicarse, entre otros, los siguientes criterios: “a) Proteger, conservar y en lo posible, recuperar los ecosistemas acuáticos y los elementos que intervienen en el ciclo hidrológico”, “b) Proteger los ecosistemas que permiten regular el régimen hídrico” y “c) Mantener el equilibrio del sistema agua, protegiendo cada uno de los componentes de las cuencas hidrográficas”. Se establece así la necesidad de proteger y conservar la integridad y unidad del ciclo hidrológico sin hacer distinciones, el cual comprende, especialmente, las aguas subterráneas. Finalmente, los artículos 5º, inciso e), párrafo in fine de la Ley de Creación del ICAA (No. 2726 del 14 de abril de 1961 y sus reformas) y 15 de la Ley de Creación del SENARA (No. 6877 del 18 de julio de 1983 y sus reformas) coronan el marco normativo para la protección institucional de las aguas subterráneas al indicar, respectivamente, “Se declaran de utilidad pública y de interés social, y podrán ser expropiados, los terrenos necesarios para la conservación y protección de los recursos de agua, así como para las construcciones que se hagan necesarias en la captación (...)” “Decláranse de interés público las acciones que promueve el Estado, con el objeto de asegurar la protección y el uso racional de las aguas (...)”. En el ordenamiento jurídico-administrativo de las aguas nos encontraremos, también, con una serie de obligaciones y cargas impuestas a los particulares y sujetos de derecho público –entes y órganos públicos– para una adecuada protección del dominio público hidráulico subterráneo y superficial”.

El Pronunciamiento 295-2001 de la Procuraduría se refiere en específico a la naturaleza demanial de los terrenos que bordean las fuentes proveedoras de agua potable.

“Dos normas son las que establecen la naturaleza demanial de los terrenos que bordean las fuentes proveedoras de agua potable. El artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización número 2825 de 14 de octubre de 1961, y sus reformas, y el artículo 31 de la Ley de Aguas número 276 de 27 de agosto de 1942, y sus reformas. El artículo 7 de la primera ley citada dispone lo siguiente:

“Artículo 7º.-Mientras el Estado, por voluntad propia o por indicación del Ministerio de Agricultura o

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

del Instituto de Tierras y Colonización, atendiendo razones de conveniencia nacional, no determine los terrenos que deben mantenerse bajo su dominio, se considerarán inalienables y no susceptibles de adquirirse por denuncia o posesión, salvo los que estuvieren bajo el dominio privado, con título legítimo, los siguientes:

- c) Los terrenos de las islas, los situados en las márgenes de los ríos, arroyos y, en general, de *todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convenga reservar con igual fin*. En terrenos planos o de pequeño declive se considerará inalienable una faja de doscientos metros a uno y otro lados de dichos ríos, manantiales o arroyos; y en las cuencas u hoyas hidrográficas, una faja de terreno de trescientos metros a uno y otro lados de la depresión máxima, en toda la línea, a contar de la mayor altura inmediata;

“Por su parte, el artículo 31 de la Ley de Aguas dispone lo siguiente:

“Artículo 31.- Se declaran como reserva de dominio a favor de la Nación:

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

Ambas normas otorgan a los terrenos cuyas áreas éstas definen, carácter de bien de dominio público. Así lo hace el artículo 7, c) de la Ley de Tierras y Colonización cuando considera como inalienables y no susceptibles de ser adquiridos los terrenos de “...*todas las fuentes que estén en cuencas u hoyas hidrográficas en que broten manantiales, o en que tengan sus orígenes o cabeceras cualesquiera cursos de agua de los cuales se surta alguna población, o que convenga reservar con igual fin.*” Por su parte, el inciso a) del artículo 31 de la Ley de Aguas establece el carácter demanial del terreno comprendido en un perímetro de doscientos metros alrededor de los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable.”

En relación con lo que establece el citado artículo 7 de la Ley de Tierras y Colonización respecto del carácter demanial de los terrenos ubicados alrededor de las fuentes proveedoras de aguas, esta Procuraduría señaló en dictamen OJ-033-95 de 20 de setiembre de 1995, que dicho numeral da “...*un trato preferencial a las zonas contiguas a las fuentes proveedoras, otorgándoles en varios cuerpos legales un régimen de dominio público...*” Uno de esos cuerpos legales, citado en dicho dictamen, es la Ley de Tierras y Colonización, según lo que se establece en el artículo 7°.

Como puede notarse, ambas normas regulan situaciones similares aunque no idénticas. La similitud radica en que las dos incorporan al dominio público los terrenos que bordean las fuentes de agua y la diferencia es que la Ley de Aguas lo hace únicamente cuando dichas fuentes han sido captadas. Esta diferencia puede dar lugar a casos no comprendidos en la hipótesis de hecho contemplada por el artículo 7, inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización, consistente en captaciones o tomas de agua potable que no estén en manantiales o en los orígenes o cabeceras de aquellos cursos de agua de donde se surtan poblaciones. En tales casos, sólo es de aplicación lo dispuesto por el artículo 31 de la citada Ley de Aguas que, en todo caso, también incorpora al dominio público los terrenos que bordean tales sitios de captación o toma. Pero lo importante es que, en lo que tienen de similar dichas disposiciones, no son contradictorias, esto es, que no estamos frente a una antinomia”.

La circunstancia anterior significa que, para tales casos, la captación de las aguas para el consumo humano por parte de la Administración competente, requiere de un acto administrativo para tener por incorporado al dominio público esos terrenos. El artículo 31, inciso a) de la Ley de Aguas reitera esta regulación al declarar como

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

pertenecientes al dominio público, en un perímetro no menor a doscientos metros, los terrenos que circundan los sitios de captación o tomas surtidoras de agua potable. En este sentido, habría que repetir lo ya dicho, pues si se trata de captaciones de fuentes de agua que sean manantiales ubicados en cuencas u hoyas hidrográficas, su incorporación al dominio público se produjo en su condición de tales y desde 1926; pero, si no es este el caso, tales terrenos se demanializaron a partir de la captación de la fuente, lo que supone un acto administrativo que así lo decida por parte de la Administración competente.

Este artículo viene a reforzar el carácter demanial de los terrenos que bordean las fuentes de agua potable, aunque la norma suponga que se trata de aguas captadas o tomadas y requiera de un acto administrativo que así lo disponga.

En consecuencia, y según lo dicho, son terrenos incorporados al dominio público los ubicados en un perímetro de doscientos metros de radio alrededor de las fuentes de agua, si están en terrenos planos, y en un perímetro de trescientos metros de radio, si están en terrenos quebrados por tener una pendiente superior al cuarenta por ciento.

Ahora bien, en el caso particular de aquellos terrenos que bordean captaciones, tomas o surtidores de agua potable, el ejercicio de las acciones administrativas destinadas a su protección o a disponer sobre su uso, corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados (ICAA). Ello, en razón de lo que dispone el artículo 2, inciso h) de la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, y dado que la preservación y protección del recurso hídrico, es el fin público al cual están afectos estos terrenos. Además, y en el tanto hayan recursos forestales en el mismo, el Ministerio del Ambiente y Energía también es competente para disponer en relación con su protección y uso...

Lo anterior, quiere decir que corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados preservar el carácter demanial de estos terrenos, lo que equivale a asegurar el cumplimiento del fin público al cual están afectos, fin público que exige preservar las fuentes de agua que bordean estos terrenos frente a posibles acciones contaminantes realizadas en ellos. En este sentido, ha de entenderse la prohibición contenida en el artículo 16 de la Ley General de Agua Potable, numeral que establece:

Revista de Ciencias Jurídicas N° 121 (33-66) enero-abril 2010

“Artículo 16.- Se prohíben las instalaciones, edificaciones, o labores comprendidas en las zonas cercanas a fuentes de abastecimiento, plantas purificadoras, o cualquiera otra parte del sistema, que perjudique en forma alguna los trabajos de operación o distribución, o bien las condiciones físicas, químicas o bacteriológicas del agua; estas zonas serán fijadas por los Ministerios de Obras Públicas y Salubridad Pública.”

Consecuentemente, compete al ICAA ejercer las acciones administrativas necesarias para asegurar la afectación de estos terrenos al fin público al cual están destinados, y regular su uso, lo que incluye el defenderlos frente a ocupantes mediante el desalojo administrativo y preservarlos para que en ellos no se realicen actividades contaminantes de las fuentes de agua, para lo cual puede recurrir a la fuerza pública.”

La Opinión Jurídica 64-2002 de la Procuraduría indica:

“La frase del inciso a) recién transcrito, que establece una franja demanial “*no menor de doscientos metros de radio*“ compatibiliza esta norma con lo dispuesto por el artículo 7, inciso c) de la Ley de Tierras y Colonización (ver en ese sentido, de esta Procuraduría, los pronunciamientos OJ-033-95 del 20 de setiembre de 1995 y C-295-2001 del 25 de octubre del 2001).

Con respecto al significado de la frase “*reserva de dominio a favor de la Nación*”, en el pronunciamiento OJ-017-2001 del 7 de marzo del año anterior, este órgano asesor hizo referencia al que la doctrina da a las reservas demaniales, como “*técnica por la que la Administración conserva o retiene en exclusiva la utilización de ciertos bienes de dominio público, por razones de interés público y para garantizar el cumplimiento de determinadas necesidades sociales. Por la exclusión del uso a los particulares y el régimen que tal técnica comporta, la declaratoria de reservas dominiales por la Administración requiere fundamento en una ley ordinaria y el respeto a los límites que ésta fije*”.

De modo pues que esa reserva de dominio debe ser entendida como la demanialidad pública de los bienes a los que se refiere: “*El fundamento jurídico de la reserva estriba, por tanto, en la titularidad dominical que corresponde a la Administración sobre los bienes de dominio público ... Consiste en la manifestación pública de que, con*

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

respecto a determinados bienes de dominio público, el Poder público entiende que el interés general aconseja ejercer sus facultades de goce, dimanantes del dominio, de modo directo, por sí u otro sujeto de la organización administrativa, y no mediatamente, por concesión de los administrados”.

Por su parte, el artículo 2° de la Ley General de Agua Potable, No. 1634 de 18 de setiembre de 1953, reitera el carácter de dominio público de los terrenos necesarios para un abastecimiento adecuado de agua potable:

“Son del dominio público todas aquellas tierras que tanto el Ministerio de Obras Públicas como el Ministerio de Salubridad Pública, consideren indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física y caudal necesario de las mismas...”.

Complementariamente, la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 que crea el Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados, transformado en el actual Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados por Ley No. 5915 de 12 de julio de 1976, tiene a dicha Institución como el ente sustitutivo de los ministerios indicados en la Ley General de Agua Potable, y por lo tanto como el competente para determinar cuáles son estas áreas, así como las descritas en los artículos 7°, inciso c), de la Ley de Tierras y Colonización y 31 de la Ley de Aguas, conforme al artículo 1°, incisos f) y g) de su Ley Constitutiva, N° 2726 del 14 de abril de 1961 (véase, en este sentido la opinión jurídica OJ-033-95 del 20 de setiembre de 1995).”

4. ANÁLISIS DE LA FIGURA DE LOS PLANES REGULADORES U OTRAS FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LOS MUNICIPIOS PARA LA PROTECCIÓN DEL RECURSO HÍDRICO

En materia de gestión del territorio las Corporaciones Municipales por medio de los planes reguladores pueden establecer, con base en criterios técnicos, restricciones al desarrollo de actividades en áreas estratégicas, en este caso con el fin de proteger el recurso hídrico.

Numerosas sentencias de la Sala Constitucional han tratado el tema, entre ellas, las que presentamos seguidamente:

“... resulta necesaria resaltar el importante papel que tienen los gobiernos locales en lo que respecta a la protección y conservación del ambiente, que no se ve lesionada por las consideraciones hechas en el Considerando anterior. En este sentido debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha sido constante en el sentido de que ha señalado que la protección del ambiente es una tarea que corresponde a todos por igual, es decir, que existe una obligación para el Estado –como un todo– de tomar las medidas necesarias para proteger el medio ambiente, a fin de evitar grados de contaminación, deforestación, extinción de flora y fauna, uso desmedido o inadecuado de los recursos naturales, que pongan en peligro la salud de los administrados. Al decir que este cometido les atañe a todos por igual se entiende. En esta tarea, por institución pública, debe entenderse comprendida la Administración Central –Ministerios–, instituciones especializadas en la materia... y por supuesto, las *municipalidades*, entre otros. Es de la conjunción de lo dispuesto en los artículos 50 y 169 de la Constitución Política que a las municipalidades les asiste *no sólo una facultad sino el deber de garantizar, defender y preservar* el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y en este sentido, no debe olvidarse que es el cometido constitucional encomendado a los gobiernos locales, en lo que respecta a la “administración de los intereses y servicios locales”, deberes de los que nace la obligación de velar por la salud física y mental de las personas, así como la de proteger y preservar los recursos naturales de su jurisdicción territorial, como lo ha reconocido en forma reiterada y constante la jurisprudencia constitucional (en ese sentido ver las sentencias números 2051-91; 2728-91; 4480-94, supra citada; 0915-95; 1888-95; 2671-95; 2560-96; 4149-95; y 1360-97, entre otras).”

La Sala Constitucional se ha referido en diversas ocasiones al deber de las municipalidades de velar por la salud pública y la integridad del medio ambiente. Así por ejemplo, la sentencia número 2001-08345, de las diez horas trece minutos del diecisiete de agosto de dos mil uno, dispuso en lo conducente:

“(...) No cabe duda de que la protección de la salud en su cantón es también un cometido esencial de las municipalidades, pasible de inclusión dentro del concepto de “interés local” regulado por el artículo 169 de la Constitución Política. Sin embargo, la

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Municipalidad pudo haber hecho uso de sus poderes de policía a fin de impedir que la situación llegase al punto que trae al amparado ante esta Sala, sí actuó, pero lo hizo en forma insuficiente. Por esa razón es que en lo que atañe a la Municipalidad de Escazú, el presente recurso de amparo deberá ser declarado también con lugar.”

En el voto 2441-2001, que remite al voto 2660-99, nuevamente la Sala analiza las potestades municipales en cuanto a la protección ambiental de la siguiente forma:

“La inconformidad del recurrente radica en lo que considera ha sido el infundado rechazo de su solicitud de patente temporal, dictado por una entidad incompetente para ello, y en violación a sus derechos de defensa y comercio. En principio, debe dejar claro esta Sala que ya con anterioridad ha sido cuestionada la *competencia de las municipalidades para adoptar diversas medidas en protección de la salud pública y el ambiente*.

Respecto a la competencia municipal en el ordenamiento territorial esta se traduce en el reconocimiento constitucional y legal a los gobiernos locales de la facultad y autoridad de planificar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio. El fundamento legal de esta competencia, se encuentra en el artículo 169 de la Constitución Política, 15 y 19 de la Ley de Planificación Urbana. Es uno de los componentes de la autonomía municipal que es la capacidad que ostentan las Municipalidades de decidir en forma libre y bajo su responsabilidad, todo lo que concierne a la organización y administración de una determinada localidad o territorio, así como la libre gestión de sus competencias, de la administración de sus finanzas, con autonomía política, normativa, tributaria y administrativa. Es claro que cada vez más los gobiernos locales reconocen su capacidad de determinar las políticas y normativa en materia de ordenamiento territorial a escala urbana.”

El voto de la SC 9120-07 estableció:

“III.- Sobre el Plan Regulador. De acuerdo con el artículo 169 de la Constitución Política, a las Municipalidades les corresponde la

administración de los intereses y servicios locales. En relación con ese numeral, el artículo 15 de la Ley de Planificación Urbana, determina que corresponde a estas planificar y controlar el desarrollo urbano dentro de los límites de sus respectivos ámbitos territoriales, lo cual deben llevar a cabo a través del dictado de Planes Reguladores. Estos se tratan de mecanismos amplios de planificación por medio de los cuales, los gobiernos locales deciden acerca del mejor uso que debe ser dado a la tierra, así como al diseño de los servicios públicos, vías locales de comunicación, vivienda y renovación urbana, entre otros. En tal sentido, estos planes constituyen mecanismos de política municipal que permiten planificar el tipo de desarrollo que se desea para cada cantón, en atención de los derechos e intereses de sus habitantes y de los valores de rango constitucional que informan toda actuación pública (ver en ese sentido sentencia número 5097-93, de las diez horas veinticuatro minutos del quince de octubre de mil novecientos noventa y tres y sentencia número 2006-10971 de las dieciocho horas tres minutos del veintiséis de julio del dos mil seis).”

En el Voto No. 2008-001569 del 30 de enero del 2008 indicó:

“VIII.- Sobre las restricciones impuestas a la libertad de comercio en el Plan Regulador. El accionante sostiene, en suma, que las restricciones a la colocación de publicidad exterior son tan severas que en realidad impiden la libertad de comercio. Considera que las limitaciones *“equivalen a una confiscación subrepticia o encubierta de las empresas y constituyen un límite o barrera absoluta, no son una simple restricción al comercio”* (folio 13). Para fundamentar esta afirmación, el accionante sostiene que el plan regulador prohíbe las vallas y los rótulos publicitarios en casi todo el cantón, excepto en la zona residencial de alta densidad de manera que *“sufren los pobres”* (folios 2 y 4), pues solo donde éstos viven se puede instalar publicidad exterior. Al puntualizar su argumento, expone que el plan prohíbe totalmente ese tipo de publicidad en algunas zonas: en la zona residencial de baja densidad (art. 11.2.5.f), en la zona residencial de mediana densidad (11.3.5.f), en la zona residencial de alta densidad (11.5.5.f), en la zona de comercio lineal (12.2.6.b), en la zona de comercio puntual centro de Guachipelín (12.3.4), en la zona de comercio puntual Multiplaza y calle Matapalo (12.3.5) y en la zona de comercio puntual de Trejos Montealegre (12.3.6). Por el contrario, permite la colocación de vallas, entre otras, en la zona residencial de alta alta densidad, precisamente donde se ubican las viviendas de interés social. Ahora bien, para fundamentar una solicitud de anulación, se requiere

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

más que la enumeración de las limitaciones. En efecto, el accionante da por sentado que la publicidad exterior es inocua; desde esta perspectiva, toda limitación es antojadiza. De esta manera, bastaría con mostrar que, sin ninguna razón, el plan regulador impide colocar vallas en una zona específica. Sin embargo, no es esta la situación del plan regulador impugnado, pues las restricciones persiguen proteger el entorno paisajístico (justificación inicial y art. 29). Como este está comprendido dentro del derecho de todas las personas a un ambiente ecológicamente equilibrado –según lo ha reconocido este Sala en la sentencia No. 2002-05503, recién citada–, no se trata de una decisión antojadiza. Por consiguiente, son necesarios más elementos para ponderar si las limitaciones son un medio razonable para alcanzar el fin propuesto, como indicó esta Sala en sentencia No. 5236-99, de las 14:00 horas del 7 de julio de 1999. Aunque severas, si las medidas son necesarias para la protección del ambiente, no cabe su anulación en la vía de inconstitucionalidad. La conveniencia o no de éstas, debió discutirse en la audiencia respectiva y en los recursos que eventualmente procedan contra al acuerdo municipal. Por ende, el primer motivo de inconstitucionalidad debe descartarse.

IX. Sobre las restricciones al derecho de propiedad. Está fuera de duda que el Estado puede imponer restricciones al uso de la propiedad privada en pro de la conservación del ambiente. En ese sentido se ha pronunciado la Sala en reiteradas ocasiones, como lo hizo en la sentencia No. 5893-95, de las 9:48 horas del 27 de octubre de 1995:

“[...] esta Sala se ha manifestado reiteradamente en cuanto a la protección del ambiente como derecho fundamental. Su protección ha sido intensa y, podríamos decir, hasta revolucionaria, pues ha señalado claramente las obligaciones que tanto el Estado como los particulares tienen en la lucha por conseguir un ambiente cada día más sano. De todo lo anterior, que es racional y constitucionalmente válido imponer limitaciones a la propiedad privada en pro de la conservación del medio ambiente y del patrimonio forestal”.

De igual manera, es indudable que el gobierno local puede imponer, en el plan regulador, limitaciones cuyo fin sea la protección del ambiente. Además de lo indicado en el párrafo anterior, se puede agregar que el artículo 25 de la Ley de Planificación Urbana, refirién-

dose al Reglamento de Zonificación, sí contempla la conservación ambiental como una posibilidad:

“Artículo 25.—En dicho reglamento figurarán como zonas especiales, las que soporten alguna reserva en cuanto a su uso y desarrollo, como en el caso de los aeropuertos, los sitios con importancia histórica o los recursos naturales conservables y las áreas demarcadas como inundables, peligrosas o necesarias al propósito de contener el crecimiento urbano periférico”.

De igual manera la jurisprudencia de este Tribunal también ha dejado claro que no solo se trata de una facultad, sino de una obligación. Así en sentencia No. 1360-97, del 5 de marzo de 1997:

“Pero esta Sala [...] no desconoce la responsabilidad que sobre la protección al medio ambiente atañe tanto a la Municipalidad de [...] como al Instituto Nacional de Viviendas y Urbanismo, a la hora de poner en vigencia el Plan Regulador del cantón, toda vez que ya este Tribunal en reiterada jurisprudencia, ha establecido claramente que la preservación y protección del ambiente es un derecho fundamental que da cabida a la legitimación para acudir a la vía de amparo. Así, la labor realizada en este campo ha sido intensa, pues ha señalado claramente las obligaciones que tanto el Estado como los particulares tienen en la lucha por conseguir un ambiente cada día más sano. El suelo, el agua, el aire, los recursos marinos, costeros y minerales, los bosques, la diversidad biológica y el paisaje conforman el marco ambiental sin el cual las demandas básicas —como espacio vital, alimentación, energía, vivienda, sanidad y recreación— serían imposibles. De igual modo la economía del país también está íntimamente ligada al estado del ambiente y de los recursos naturales. Por lo que el proyecto en cuestión, al momento de entrar en vigencia, debe ajustarse a las políticas de un desarrollo sostenible del Cantón de [...], que tiene que ver principalmente con la supervivencia y el

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

bienestar de sus habitantes y con el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales existentes, buscando en tal forma la satisfacción de las necesidades humanas presentes y futuras y del mejoramiento de la calidad de vida y de los recursos naturales del Cantón de [...], cumpliendo con lo estipulado en el artículo 50 constitucional”.

Más aún, en sentencia No. 2003-06324, del 4 de julio del 2003, este mismo Tribunal ordenó a un gobierno local dictar un plan regulador con el fin de garantizar las bellezas escénicas, como parte del ambiente. En lo que interesa, dispuso:

“A los gobiernos locales se les ha reconocido una amplia competencia para emitir los planes de ocupación del territorio, tanto los planes de ordenamiento territorial como planes reguladores de las ciudades, estos son instrumentos vitales para lograr el uso sostenible de los recursos naturales, incluso el de las bellezas escénicas, así que, sin perjuicio de la obligación que tiene la Municipalidad de Paraíso de emitir un plan general de ordenamiento territorial y un plan regulador, deberá emitir dentro del término de dieciocho meses contado a partir de la notificación de esta sentencia un plan regulador que garantice la belleza escénica del valle de Orosi”.

La Sala Constitucional ha reconocido en diversos votos que la potestad otorgada a los gobiernos locales para planificar el desarrollo urbano en su territorio, integra el concepto constitucional de intereses y servicios locales que fue reconocida por la Ley de Planificación Urbana. Se reafirma así que la titularidad primaria en materia de planificación urbana le corresponde a las municipalidades (votos 4205-96, 5097-93, 2000-11439).

En particular para el caso del recurso hídrico en la Sentencia en el caso de Poás, estableció: “Las corporaciones municipales tienen un papel de primer orden en la protección y conservación de las aguas subterráneas a través de una serie de instrumentos indirectos. Así, la Ley de Planificación Urbana (No. 4240 del 15 de noviembre de 1968), hace más de 35 años, con fundamento en el ordinal 169 de la Constitución Política –en cuanto les compete “La administración de los intereses y

servicios locales en cada Cantón”– les impuso el deber de promulgar un plan regulador para planificar y controlar el desarrollo urbano y los reglamentos de desarrollo urbano conexos (artículos 15 y siguientes). Dentro de ese plan regulador y el reglamento de zonificación, las Municipalidades deben identificar, a efecto de regular, controlar y restringir las actividades humanas (industrial, urbanística, agropecuaria, etc.), las áreas o zonas reservadas por ubicarse en las mismas un manto acuífero o su área de recarga o descarga. Por aplicación de los derechos fundamentales a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado (artículo 50 de la Constitución Política), a la vida y la salud humanas (artículo 21 ibidem) y en aras de un desarrollo sostenible los cantones que por sus características geomorfológicas cuenten en su circunscripción terrenos que alberguen mantos acuíferos, áreas de recarga y descarga de éstos, manantiales y nacientes están especialmente llamados y obligados a regular y normar, responsable, eficiente y eficazmente, tales extremos, puesto que, en ocasiones las aguas subterráneas no solo proveen al consumo y uso de las poblaciones del cantón sino a diversos cantones lo que demuestra un claro interés supralocal o nacional. Los habitantes de esas localidades, de su parte, deben soportar la carga general o las limitaciones y restricciones en el uso y el aprovechamiento del suelo y de las aguas derivadas de la determinación y fijación de tales áreas protegidas, puesto que, es en beneficio de ellos, de los habitantes de los otros cantones que son abastecidos con las aguas que discurren por el manto acuífero y que afloran o descargan en otros cantones y, desde luego, de las futuras generaciones.”

La Procuraduría General ha indicado:

“La planificación del territorio es un instrumento al servicio de la ordenación territorial la que tiene como objeto los distintos usos del suelo que coexisten en un determinado territorio. Ordenar el territorio significa asignar usos específicos y diferenciados al suelo a partir de la desagregación existente de un determinado territorio (provincias, cantones, distritos) en donde los usos los imponen las distintas actividades llevadas a cabo por el ser humano: industriales, agrarias, de servicios, etc. Esta determinación del uso del suelo necesariamente implica la regulación de las actividades humanas y la de los sujetos que realizan dichas actividades.

Como práctica política, pero sobre todo como técnica administrativa, la ordenación del territorio es, por las implicaciones de su

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

objeto (la determinación del uso del suelo) una función pública atribuida a las distintas administraciones (central y descentralizada) que implica el ejercicio de potestades típicamente administrativas, aunque incluye aquellas de naturaleza normativa ejercidas por la administración pública, como es la potestad reglamentaria en el marco de la potestad de planificación.

Lo anterior significa que si la ordenación del territorio es un función pública, la planificación territorial, además de ser uno de sus principales instrumentos o medios para llevarla a cabo, o precisamente por ello es, en sí misma, el ejercicio de una potestad pública: la de planificar, pero en relación con el uso del suelo.

Además de lo dicho, es importante tener presente que en esta relación entre ordenación del territorio y planificación territorial pueden haber dos acepciones básicas acerca de la planificación territorial: una según la cual la planificación relevante para el ordenamiento territorial es únicamente la planificación física; y otra, más amplia, de conformidad con la cual interesa toda planificación (la económica, por ejemplo) con incidencia territorial (ver, en tal sentido, PUJADAS, Romá y FONT, Jaume, Ordenación y planificación territorial, 1998, p. 21).

En todo caso, cualquiera que sea la acepción asumida por un determinado derecho positivo, estos, por lo general, relacionan la planificación territorial con la planificación en otros ámbitos, principalmente el económico. Esto suele ser así porque la ordenación territorial como práctica política (o política pública) tiene como objetivo o fin propiciar el desarrollo regional sostenible y equilibrado.

El ordenamiento jurídico costarricense no tiene una ley general sobre ordenamiento territorial. Tiene leyes sectoriales en las que se establecen disposiciones sobre uso del suelo o se regula algún tipo específico de planificación territorial, así como algunas disposiciones generales sobre ordenamiento territorial, pero en leyes cuyo objeto no es este.

Este último es el caso de la ley orgánica del ambiente (LOA) número 7554 de 4 de octubre de 1995, la cual dedica su capítulo VI a tema del ordenamiento territorial con normas de carácter general. Merece la pena señalar que esta ley establece en su artículo 28 que el ordenamiento territorial es una función pública. Dispone este numeral:

“ARTICULO 28.- Políticas del ordenamiento territorial. Es función del Estado, las municipalidades y los demás entes públicos, definir y ejecutar políticas nacionales de ordenamiento territorial, tendientes a

regular y promover los asentamientos humanos y las actividades económicas y sociales de la población, así como el desarrollo físico-espacial, con el fin de lograr la armonía entre el mayor bienestar de la población, el aprovechamiento de los recursos naturales y la conservación del ambiente.”

Además, la LOA establece cuáles son los fines que se persiguen con el ordenamiento territorial (artículo 29) y los criterios que lo guían (artículo 30).

La ley de planificación urbana (LPU) número 4240 de 15 de noviembre de 1968, y sus reformas, regula un tipo específico de planificación territorial: la planificación urbana.

Un ejemplo de una ley sectorial que regula lo relacionado con el uso del suelo y que, en ese tanto, es una ley sobre ordenamiento territorial en el ámbito específico de los espacios rurales, lo constituye la ley de uso, manejo y conservación de suelos número 7779 de 30 de abril de 1998. Esta ley, además, establece un tipo específico de planificación territorial: los planes de manejo, conservación y recuperación de suelos.

Finalmente, otro ejemplo, de obvia importancia para esta consulta, es la ley sobre la zona marítimo-terrestre (LZMT) número 6043 de 2 de marzo de 1977, que por su objeto puede tenerse como una ley de ordenamiento territorial referida a un espacio geográfico específico: el litoral costero y áreas adyacentes. El instrumento aquí sería el llamado plan regulador costero.”

Algunas sentencias de la Sala Constitucional son igualmente pertinentes de ser mencionadas. Mediante el Voto No. 2008-12109 de las quince horas con dieciséis minutos del cinco de agosto de dos mil ocho, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró parcialmente con lugar el recurso de amparo número 07-7996-0007-CO, presentado por Rafael Varela Montero a favor de PROVIRENA, y ordenó al Ministro de Ambiente y Energía que dentro del plazo de siete meses contado a partir de la notificación de dicho pronunciamiento delimite físicamente la zona de dominio público establecida por la ley número 65 de 1888,⁽³⁾ que tenía como propósito la protección de las aguas que

(3) La Ley No. 65 de 1888, según la Procuraduría se encuentra vigente (OJ-118-2004). El artículo 1 de la Ley declara inalienable una zona de dos kilómetros de ancho a los lados de la cima de la Montaña del Volcán

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

abastecen a la provincia de Heredia y parte de Alajuela, y al mismo tiempo a realizar los trámites necesarios para la recuperación de los terrenos que, contemplados en la ley citada estén siendo ocupados por particulares. Asimismo, la Sala *ordenó a las Municipalidades del Cantón Central de Heredia, Santa Bárbara, Barva, San Isidro, San Pablo, San Rafael, Santo Domingo, Moravia y Vásquez de Coronado elaborar los mapas de vulnerabilidad hidrogeológica recomendados por SENARA en su informe denominado "Recarga Potencial del Acuífero Colima y Barva, Valle Central, Costa Rica", los cuales deberán ser incluidos en la normativa urbanística de sus jurisdicciones, con el fin de fijar los límites a la construcción en dichos cantones, para la protección de los mantos.*"⁽⁴⁾

Igualmente resultan de interés algunos recursos de amparo declarados con lugar en casos relativos a la construcción de urbanizaciones y la posible afectación del recurso hídrico. Por ejemplo, en el Voto 10371-08 la Sala Constitucional le ordena al "Alcalde Municipal y a la Presidenta del Concejo Municipal, ambos de la Municipalidad de San Rafael de Heredia, retrotraer los procedimientos y revisar nuevamente el proyecto Condominio Horizontal Residencial La Inmaculada a fin de que, en caso de que proceda el otorgamiento del permiso de construcción, éste se ajuste a las recomendaciones de carácter obligatorio dadas por el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento respecto a la cabida de los lotes y densidad por hectárea así como también las brindadas por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; a la Ministra de Salud, se le ordena valorar nuevamente el proyecto Condominio Horizontal Residencial La Inmaculada a la luz de las recomendaciones brindadas por el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento así como por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo; y a la Secretaria General de la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, que atención a la potestad de seguimiento ambiental, previa inspección de campo, valore los avances que se hayan hecho del proyecto y emita los criterios correctivos que sean necesarios para evitar efectos ambientales adversos."

Barba, desde el cerro Zurquí hasta el que se conoce con el nombre de Concordia. En esta Opinión Jurídica no se pudo determinar si todos estos terrenos se encuentran ya de por sí comprendidos en el Parque Nacional Braulio Carrillo.

- (4) El SENARA por su parte mediante Acuerdo No. 3672 del 19 de noviembre del 2008, publicado en La Gaceta del 13 de enero del 2009, establece los nuevos requisitos para las autorizaciones de permisos de perforación de pozos.

Por su parte, el Voto 4790-08 con respecto a un proyecto de condominios en el distrito de Los Ángeles, San Rafael de Heredia declaró con lugar un recurso de amparo indicando el mismo que “considera que esa responsabilidad es compartida pero en el caso bajo estudio recae principalmente en la Secretaría Técnica Nacional Ambiental y en la Municipalidad de San Rafael de Heredia, pues ambas tuvieron conocimiento de los estudios efectuados y de las características particulares de la zona donde se ubicaría el proyecto de condominios “Brisas del Ciprés” y a pesar de ello otorgaron la viabilidad ambiental y los permisos de construcción para que el proyecto siguiera adelante. Se declara con lugar el recurso. Se anulan los permisos otorgados al desarrollador del Proyecto de Condominios “Brisas del Ciprés” particularmente el visado de planos urbanísticos dado por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, el visado sanitario de planos otorgado por el Ministerio de Salud y los permisos de construcción otorgados por la Municipalidad de San Rafael de Heredia. Se ordena a todos los recurridos tomar las medidas necesarias y suficientes para proteger el manto acuífero de la zona”.

El Voto 10372-08 de la Sala Constitucional se reclama que autorizó por parte de la Municipalidad el inicio del movimiento de tierra en el proyecto Condominio Loma de Guijarro ubicado en Santo Tomás de Santo Domingo de Heredia, sin tomar en cuenta el impacto ambiental negativo que ello implica, ni la protección de los recursos hídricos. También aducen que el SENARA ya ha dado recomendaciones sobre aguas subterráneas a las municipalidades, entre las que se incluye la de Santo Domingo de Heredia, y la Dirección del Acueducto Municipal de Santo Domingo en tres informes técnicos, que pone de manifiesto el efecto negativo de dicho proyecto en el campo del recurso hídrico disponible en ese sector, ya que, se concluye que la concesión de aguas aprobada por el MINAE para el proyecto es insuficiente para la dotación que requieren las setenta y un fincas del proyecto, por lo que no se debe aprobar el autoabastecimiento de agua potable para el proyecto. A pesar de ello, las autoridades administrativas recurridas no han ejercido los controles y competencias que la ley les otorga para evitar la afectación al medio ambiente y al recurso hídrico de la zona. El Voto le ordena al “Alcalde Municipal de Santo Domingo de Heredia, bajo pena de desobediencia que de forma inmediata cumpla lo dispuesto en La Gaceta 136 del catorce de julio del dos mil cinco y La Gaceta número 226 del veinticuatro de noviembre de dos mil seis; remitir en forma inmediata el proyecto Condominio Lomas de Guijarro a nombre de la Sociedad Grupo Jimador S.A. a la Comisión de Exoneraciones y al

CABRERA MEDAGLIA: Herramientas de ordenamiento territorial...

Departamento de Urbanizaciones, Dirección Estudios y Proyectos ambos de Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados; ajustarse a los criterios de regulación de la perforación de pozos en el Valle Central dispuestos por el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento según oficio del veintisiete de febrero del dos mil ocho y emita las órdenes necesarias, que estén dentro del ámbito de su competencia, para suspender las obras de construcción en el proyecto hasta tanto no se cumpla con los permisos requeridos”.

Por ejemplo, en respuesta a las anteriores decisiones judiciales y a criterios técnicos la Municipalidad de Barva, mediante acuerdo publicado en La Gaceta del 3 de setiembre del 2008, dispuso declarar como “zona de protección acuífera” las partes de las microcuencas de los Ríos Ciruelas y Segundo dentro del Cantón de Barva, con el fin de proteger y conservar los recursos hídricos superficiales y subterráneos (art. 1). El acuerdo delimita topográfica y cartográficamente la zona de protección (art. 2) y establece una serie de limitaciones al uso del suelo (prohibición de urbanizaciones de alta densidad; prohibición de relleños sanitarios; promoción del pago por servicios ambientales; manejo racional de agroquímicos; futura restricciones derivadas del establecimiento de zonas de recarga locales –zonas de captura–, entre otros).

Adicionalmente, recientemente se han aprobado por parte de la Secretaría Técnica Nacional, las Guías Voluntarias para el Sector de la Construcción (aprobadas por Resolución 1948-2008-SETENA del 8 de julio del);⁽⁵⁾ estas Guías podrían ser promovidas por los entes reguladores para su adopción por los posibles desarrollos urbanísticos.

CONCLUSIÓN

Existe una indudable responsabilidad de los entes municipales en la protección del ambiente, incluyendo el recurso hídrico y las bellezas escénicas, el cual puede ser cumplido mediante un adecuado uso de los instrumentos legales de ordenamiento territorial vigentes en el país y respaldados por numerosas resoluciones de la Sala Constitucional.

(5) La Guía se fundamenta en el reglamento para la elaboración, revisión y oficialización de Guías Ambientales de buenas prácticas productivas y desempeño co-eficiente, Decreto No. 34522-MINAE, publicado en La Gaceta del 16 de junio del 2008, que es parte del procedimiento de evaluación de impacto ambiental que se gestiona ante la SETENA.