

**Universidad de Costa Rica
Sede de Occidente
Facultad de Derecho**

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

**La vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre
particulares: Análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense**

**Andrés Carvajal Ramírez
Carné B01409**

**Juan Pablo Carranza Marín
Carné B01360**

2021



20 de setiembre 2021
FD-1785-2021

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), de los estudiantes: Andrés Carvajal Ramírez, carné B01409 y Juan Pablo Carranza Marín, carné B01360, denominado: "La vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares: Análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: **"EL O LA ESTUDIANTE DEBERÁ ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DÍAS HÁBILES DE ANTICIPACIÓN A LA FECHA DE PRESENTACIÓN PÚBLICA"**.

Tribunal Examinador

Informante	Msc. Ruth Mayela Morera Barboza
Presidente	Msc. María Isabel Rodríguez Herrera
Secretaria	Lic. María Elena Villalobos Campos
Miembro	Dr. Mariano Argüello Rojas
Miembro	Msc. Carlos Eduardo González Mora

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el **12 de octubre 2021**, a las 5:00 p.m. de manera virtual.

Atentamente,


Ricardo Salas Porras
Director, Área Investigación

LCV
Cc: arch.



San Ramón, Alajuela, 09 de agosto del año 2021.

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

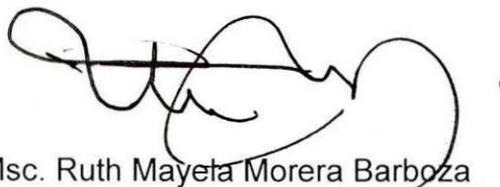
Estimado señor:

Por este medio la suscrita, Ruth Mayela Morera Barboza, en mi condición de directora de la tesis elaborada por los estudiantes Juan Pablo Carranza Marín, carné universitario número B01360 y Andrés Carvajal Ramírez, carné universitario número B01409, denominada *“La vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares: Análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense”*, hago de conocimiento de su estimable persona que la citada investigación ha sido concluida con éxito y que la misma representa un aporte considerable a la rama del derecho administrativo.

Es una tesis enfocada en un tema relevante y actual, que analiza a la luz del marco normativo vigente la jurisprudencia que ha sido vertida por los tribunales costarricenses en relación al tema de la vía administrativa, sus características, precedentes y agotamiento, esto a efecto de analizar concretamente si se han presentado criterios jurisprudenciales consistentes, tendientes a generar para los administrados un ambiente de seguridad jurídica, así como analizar las discrepancias existentes en torno al tema del agotamiento perceptivo o facultativo de la vía administrativa.

Posterior análisis de la tesis y verificando que se cumple con los requerimientos de fondo y forma solicitados, doy mi aprobación a la investigación y solicito de forma atenta se continúe con el trámite correspondiente.

Sin más por el momento, se despide de forma atenta.



Msc. Ruth Mayela Morera Barboza

Directora de Tesis

San Ramón, Alajuela, 09 de agosto del año 2021.

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

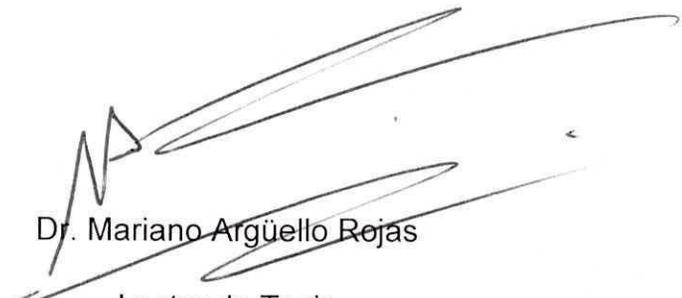
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio el suscrito, Mariano Argüello Rojas, en mi condición de lector de la tesis elaborada por los estudiantes Juan Pablo Carranza Marín, carné universitario número B01360 y Andrés Carvajal Ramírez, carné universitario número B01409, denominada *“La vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares: Análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense”*, hago de conocimiento que el citado trabajo final de graduación ha sido finalizado con éxito y que el misma representa un aporte considerable a la rama del derecho administrativo.

En virtud de lo dicho hago saber que la tesis propuesta cumple cabalmente con los requerimientos de fondo y forma solicitados, por ende doy mi aprobación a la investigación y solicito de forma atenta se continúe con el trámite correspondiente.

Sin más por el momento, se despide de forma atenta.



Dr. Mariano Argüello Rojas

Lector de Tesis

San Ramón, Alajuela, viernes 30 de julio del año 2021.-

Dr. Ricardo Salas Porras

Director

Área de Investigación

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por este medio el suscrito, Carlos Eduardo González Mora, en mi condición de lector de la tesis elaborada por los estudiantes Juan Pablo Carranza Marín, carné universitario número B01360 y Andrés Carvajal Ramírez, carné universitario número B01409, denominada "*La vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares: Análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense*", hago de conocimiento que el citado trabajo final de graduación ha sido concluido de manera exitosa y que el mismo representa un aporte considerable e importante al área del derecho administrativo.

En virtud de lo dicho hago saber que la tesis indicada cumple cabalmente con los requerimientos de fondo y forma solicitados, por lo cual doy mi aprobación y solicito de forma atenta se continúe con el trámite correspondiente a efecto de que los estudiantes concluyan con su proceso de estudio y defensa de tesis.

Sin más por el momento, se despide de forma atenta.



Msc. Carlos Eduardo González Mora

Lector de Tesis

San José, 7 de julio de 2021

Sres.

Miembros del Comité de Trabajos

Finales de Graduación

Estimados señores:

He revisado y corregido los aspectos referentes a la estructura gramatical, ortografía, puntuación, redacción y vicios del lenguaje del documento denominado: **La vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares: Análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense**, elaborado por los estudiantes Andrés Carvajal Ramírez, cédula 1-1428-0440, y Juan Pablo Carranza Marín, cédula 2-0691-0436; proyecto de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho.

Respeté, a lo largo del trabajo, el estilo del autor.

Atentamente,



*M. Ed. Mauren González Jones
Cédula 106960420
Carné 0085
Asociación Costarricense
de Filólogos*



Dedicatoria

*Dedicamos este trabajo a nuestras madres
Para quienes esperamos represente
Una retribución simbólica
Al incansable esfuerzo de toda una vida
Para poner nuestros sueños al alcance
Y al eterno cariño que demuestran cada día.*

Andrés Carvajal Ramírez

Dedico este humilde aporte a mis progenitores, don Eladio y doña Cecilia, con quienes tengo una deuda impagable por su cariño incondicional y presencia plena en mi vida. A mí familia y a mis ocho sobrinos por ser el motor que me impulsa a cultivar una realidad más sana y humana. A María, por hacer que la palabra amistad tenga un contenido tangible, profundo y real, a mis amigos Carlos Eduardo, Christian Gerardo, Leonardo Rodolfo, José David, Jefry Wilfrido y Pablo, gracias por ser la mejor alineación posible para afrontar la contienda de la vida, con cariño les dedico esto.

Juan Pablo Carranza Marín

Agradecimientos

*Agradecemos profundamente a
Nuestras familias y amigos por creer en nosotros
Y fertilizar la tierra donde crecimos,
Así como a los profesores, cuya abnegada
Vocación por la enseñanza allanan el camino hacia
La consecución de nuestros objetivos.*

Andrés Carvajal Ramírez

*Agradezco con fervor a Dios,
Cuya noción de existencia es más que indispensable para un sano transcurrir;
A mi familia y su sempiterna presencia en todos y cada uno de mis procesos de
formación,
A mis compañeros de trabajo, amigos y profesores universitarios,
Quienes hicieron de este proceso y del aprendizaje un crecimiento no solo
profesional, sino humano,
Gracias.*

Juan Pablo Carranza Marín

Índice

Dedicatoria	i
Agradecimientos.....	iii
Índice.....	v
Resumen:.....	vii
Ficha bibliográfica:.....	ix
1. Introducción.....	1
2. Capítulo I: La Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares en Costa Rica	5
1.1. Sección I: La Vía Administrativa	6
1.1.1. Historia de la Vía Administrativa	6
1.1.2. La Vía Administrativa en Costa Rica.....	11
1.2. Sección II: Conflictos por Aprovechamiento de Aguas Entre Particulares en Costa Rica .	16
1.2.1. El Inspector de Aguas.....	16
1.2.2. Conflictos entre particulares en la Ley de Aguas.....	18
3. Capítulo II: Antecedentes Judiciales del Agotamiento de la Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares.....	24
3.1. Sección I: Precedentes Constitucionales de la Vía Administrativa	24
3.1.1. Fuerza vinculante de los Precedentes y Jurisprudencia Constitucionales	25
3.1.2. Precedentes constitucionales de la vía administrativa en Costa Rica	30
3.2. Sección II: La Jurisprudencia de la Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares.....	35
3.2.1. Concepto de Jurisprudencia y Aspectos Generales	36
3.2.2. Sentencias de la Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares.....	41
4. Capítulo III: Análisis de la Jurisprudencia y la Legislación costarricense en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares.....	48
4.1. Sección Única: Análisis de la Jurisprudencia y la Legislación Costarricense respecto a los Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares	49
4.1.1. La Jurisprudencia Costarricense en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares a la luz de los Votos 3669-06 y 01574-2008 de la Sala Constitucional	50
4.1.2. Análisis de la Ley de Aguas de 1942.....	58
4.1.3. Análisis de las posibles reformas a la legislación del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares	64

5. Conclusiones	65
6. Bibliografía:.....	69
7. Anexos	80
7.1. Anexo 1:	80
7.2. Anexo 2:	83

Resumen:

Actualmente el principal cuerpo legal que regula el recurso hídrico en Costa Rica es la Ley de Aguas de 1942, la cual indica en su capítulo XII que la rectoría de este recurso corresponde al Ministerio de Ambiente y Energía y señala asimismo que el procedimiento para resolver los conflictos entre particulares con ocasión de este recurso es ante esta entidad, la cual actúa por medio de los inspectores cantonales de aguas en un proceso sumario, y su resolución pueden ser revocadas, modificadas o anuladas por el Departamento (hoy Dirección) de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía o por decisión judicial en juicio declarativo.

Los tribunales ordinarios costarricenses han emitido recientemente una serie de votos en este tema, los cuales estiman que la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares pueden ser planteados directamente en los tribunales de justicia contrariando lo estipulado en la ley de aguas vigente y creando inseguridad jurídica en los administrados que se vean afectados por un conflicto de este tipo. Dichas sentencias se fundamentan tanto en un voto constitucional (Voto 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo de 2006) como en una interpretación de la Ley de Aguas de 1942 según la cual ésta no requiere agotar el procedimiento administrativo para entablar el procedimiento judicial.

Dado lo anterior se plantea como hipótesis que la inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares es infundada, toda vez que, de acuerdo con el contenido del antecedente constitucional mencionado, la obligatoriedad de agotar el

procedimiento administrativo es incompatible con el derecho constitucional siempre y cuando exista una desigualdad entre las partes en virtud de la posición privilegiada de la que goza la administración pública cuando se constituye en juez y parte dentro del proceso, lo cual no sucede en los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares; así como la interpretación de la Ley de Aguas, cuyo contenido estipula claramente el carácter preceptivo del procedimiento administrativo.

El objetivo general de este trabajo final de graduación es crear certeza jurídica sobre el particular que se estudia, ya que como se mencionó en líneas anteriores la reiteración en los votos de los tribunales ordinarios costarricenses crea jurisprudencia, lo cual se considera una fuente de derecho y como tal, contradice lo enunciado en la ley, ante lo cual debe prevalecer esta última por lo cual se recurre al estudio del contenido de los antecedentes constitucionales que existen en nuestro país respecto a la figura de la vía administrativa y su comparación con el contenido de las sentencias que avalan la interposición de este tipo de conflictos directamente en la vía judicial, asimismo se recurre a una interpretación histórica y sistemática de la Ley de Aguas, lo cual también se contrasta con estos votos.

Lo anterior confirma totalmente la hipótesis sobre la cual se venía trabajando, en cuanto las sentencias no guardan armonía con los antecedentes constitucionales que existen sobre la vía administrativa en procedimientos administrativos donde las partes interesadas sean sujetos de derecho privado y respecto a la interpretación de la Ley de Aguas que indica que el procedimiento administrativo es facultativo, toda vez que las actas legislativas son claras en cuanto a la obligatoriedad de este proceso y no dejan espacio para la interpretación.

Ficha bibliográfica:

Carranza Marín, Juan Pablo y Carvajal Ramírez, Andrés. La vía administrativa en conflictos por aprovechamientos de aguas entre particulares: análisis de la legislación y la jurisprudencia costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 2021. xiii y 83.

Directora: Msc. Ruth Mayela Morera Barboza.

Palabras Claves: Vía Administrativa, Ley de Aguas, Conflictos por aprovechamiento de aguas, Conflictos entre particulares, Heterotutela Administrativa.

1. Introducción

La primera regulación respecto al recurso hídrico en Costa Rica tiene lugar por medio de la Ley de Aguas número XI, del 26 de mayo de 1884, la cual coloca este líquido en armonía con el modelo agroexportador de la época y otorga la rectoría de las aguas de dominio público a las municipalidades.¹ A fin de cumplir con este mandato legal, las municipalidades nombraron funcionarios a los que denominaron “juez de aguas”, lo cual sirvió de antecedente para la creación de la Ley de Inspección Cantonal de Aguas número 15, de 11 de mayo de 1923, que a su vez pasó a formar el capítulo XII de la Ley de Aguas número 276, de 27 de agosto de 1942, vigente hasta el día de hoy.²

El capítulo XII de la Ley de Aguas número 276 del 28 de agosto de 1942, establece que la resolución administrativa en conflictos entre particulares por aprovechamiento de aguas corresponde al inspector cantonal de aguas, quien resolverá “de manera sumaria y con carácter puramente preventivo y conciliador”. Sus resoluciones, dice la normativa, pueden ser revocadas, modificadas o anuladas por el Ministerio de Ambiente y Energía o por decisión judicial en juicio declarativo. La competencia de los tribunales está regulada en el capítulo XIII de esa misma ley.

¹ “Primeros 100 años del Marco Legal Costarricense sobre Recursos hídricos 1884-1984”, Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, accedido el 27 de julio de 2020, http://www.da.go.cr/wp-content/uploads/2016/07/DIRECCION_AGUA_JULIO_2013_ARTICULO_100_A%C3%91OS_DEL_MARCO_LEGAL_HIDRICO.pdf, 5, 8, 9.

² “Síntesis Inspector Cantonal de Aguas”, Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, accedido el 5 de noviembre de 2020, http://www.da.go.cr/wp-content/uploads/2016/07/DIRECCION_AGUA_AGOSTO_2004_SINTESIS_INSPECTOR_CANTONAL_DE_AGUA.pdf, 4.

Los votos más recientes del Tribunal Agrario y tribunales civiles consideran que el procedimiento administrativo para resolver conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares tiene carácter facultativo, dado que el Capítulo XII de la Ley de Aguas de 1942 queda derogado por conexidad con el voto 3369-2006 de la Sala Constitucional, el cual deroga el artículo 31 de la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la cual establece que el agotamiento de la vía administrativa es preceptivo con las excepciones contempladas en la Constitución Política. Alternativamente dichos tribunales argumentan que la Ley de Aguas de 1942 no obliga a agotar la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas. Es menester mencionar que, de acuerdo con la Sala Constitucional, los criterios vertidos en los votos de los tribunales ordinarios solo son susceptibles de control constitucional cuando constituyen jurisprudencia.³

A pesar de que gran parte de estos votos son posteriores en el tiempo, ignoran en sus consideraciones otro precedente constitucional sobre la vía administrativa, el voto 1574-2008 de las 14:56 del 30 de enero de 2008, el cual declara acorde con el derecho de la Constitución la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa contenido en el artículo 94 la Ley de Tierras y Colonización, la cual indica que previo al establecimiento de una acción judicial en un problema de posesión precaria de tierras los propietarios deberán presentar su reclamo ante el antiguamente denominado Instituto de Desarrollo Agrario, actual Instituto de Desarrollo Rural, pues en este caso el procedimiento administrativo cumple con las

³ "Voto 7062-1995 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del 22 de diciembre de 1995", Sala Constitucional, República de Costa Rica, Accesado el 17 de julio de 2020, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83017>

condiciones exigidas por la carta magna, dado que el ente decisor es ajeno al conflicto, supuesto distinto al contemplado en el voto 3669-2006 constitucional.

Es claro entonces que existe una contradicción entre lo dispuesto en el voto 1574-2008 de la Sala Constitucional y los votos recientes de los tribunales ordinarios, lo cual afecta directamente la seguridad jurídica de los administrados toda vez que esta genera duda sobre cuál es el órgano competente en primera instancia para conocer los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares. Esta situación, constituye a su vez el problema de la investigación en curso; cuyo planteamiento hace necesario un estudio exhaustivo del contenido de las sentencias del Tribunal Agrario y tribunales civiles que consideran facultativo el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas, de los antecedentes constitucionales y del marco jurídico correspondiente; todo esto a fin de verificar si el criterio de los tribunales sobre la constitucionalidad de los capítulos XII y XIII de la Ley de Aguas y sobre la obligatoriedad de agotar la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas, tiene asidero legal y constitucional y si dichos criterios constituyen jurisprudencia de modo que sean susceptibles de control constitucional, así como para aclarar su jerarquía dentro de las fuentes de derecho de nuestro país.

En primera instancia y a manera de hipótesis, se podría inferir que, dada su reiteración y los entes emisores del criterio, ciertamente los dos argumentos contenidos en los votos de los tribunales ordinarios, que declaran facultativo el agotamiento de la vía administrativa entre particulares, constituyen jurisprudencia y, por tanto, son susceptibles de control constitucional. Paralelamente se podría

esperar que la inconstitucionalidad del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares sea infundada, pues la Sala Constitucional explica en sus antecedentes que la obligatoriedad de agotar el procedimiento administrativo es incompatible con el derecho constitucional cuando esta genera una desigualdad entre las partes en virtud de la posición privilegiada de la cual goza la administración pública cuando se constituye en juez y parte dentro del proceso, esto no sucede en los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares y, por lo tanto, los capítulos XII y XIII de la Ley de Aguas continúan vigentes. Lo anterior implica que, ante una eventual impugnación sobre el particular, la Sala Constitucional debería declarar inconstitucional la jurisprudencia que considera facultativo el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas.

Dado lo anterior, el objetivo general que orienta el desarrollo de esta investigación es examinar si los criterios contenidos en las sentencias que otorgan carácter facultativo al agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares constituyen jurisprudencia y analizar si estos tienen asidero legal y constitucional.

En concordancia con lo anterior se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Definir la jurisprudencia y la jerarquía que esta ostenta en el sistema de derecho costarricense.
- Establecer si los criterios de los tribunales que declaran facultativo el agotamiento de la vía administrativa constituyen jurisprudencia.

- Describir los antecedentes de la Ley de Aguas y de la vía administrativa en Costa Rica desde su génesis hasta la actualidad.
- Explicar el Procedimiento Administrativo ante el Inspector Cantonal de Aguas en conflictos entre particulares con ocasión del recurso hídrico.
- Comparar el criterio del Tribunal Agrario en conflictos por aprovechamiento de aguas con los conflictos por posesión de tierras entre propietario registral y poseedor en precario.
- Determinar si la vía administrativa de la Ley de Aguas para resolver conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares y el artículo 44 de la Ley de Jurisdicción Agraria se encuentran dentro los supuestos del agotamiento de la vía administrativa cuya aplicación resulta armoniosa con la Constitución Política.

2. Capítulo I: La Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares en Costa Rica

En aras de definir el objeto de la investigación, este se divide en dos subtemas que se estudiarán separadamente, los cuales ocuparán los dos primeros capítulos del trabajo: la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas en Costa Rica y la jurisprudencia como fuente de derecho en nuestro país, lo cual allanará el camino para proceder con el análisis de las sentencias correspondientes en el tercer capítulo del este trabajo.

1.1. Sección I: La Vía Administrativa

El voto 3669-2008 de la Sala Constitucional indica que, en el ámbito contencioso administrativo, la vía administrativa o la vía gubernativa previa consiste en la obligación que tienen los administrados que se estiman lesionados o agraviados por un acto administrativo de agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes contra este en sede administrativa previo a acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual, señala el voto, se ha admitido como un privilegio de carácter formal en el ámbito del derecho procesal administrativo en cuanto las administraciones públicas “procuran y atienden los intereses públicos o la satisfacción de las necesidades colectivas”.⁴ El apogeo de este instituto en el sistema de derecho romano o continental tiene lugar particularmente a partir de la Revolución francesa dada la reorganización del poder público.

1.1.1. Historia de la Vía Administrativa

La posición ventajosa de la cual goza la administración pública frente a los particulares se manifiesta en la ejecutoriedad de sus resoluciones porque no necesitan someter sus pretensiones a un juicio declarativo en los tribunales de justicia para hacerlas ejecutorias, dado que tienen ese carácter por propia autoridad, lo cual, es oponible únicamente por medio de su anulación en un proceso impugnatorio.⁵ Este sistema de relaciones entre la Administración Pública y los Tribunales de Justicia tienen su origen en la estructura del Estado monárquico

⁴ “Voto 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo de 2006”, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Accesado el 19 de agosto de 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0007-264473/undefined/0///3>

⁵ García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 457.

europeo precedente a la Revolución francesa, el cual considera que tanto la administración como la justicia son emanaciones de un mismo sujeto, el monarca, razón por la cual tienen idéntico rango y fuerza.⁶

El actuar del monarca en los asuntos administrativos no necesitaba del respaldo de los tribunales, ni estos tenían ante los órganos administrativos la misma autoridad que ante los súbditos; sin embargo, operaba una distinción entre asuntos gubernativos y contenciosos, pues los asuntos donde podía haber una eventual privación de un derecho subjetivo se tramitaban *“con figura y estrépito de juicio”* lo cual implicaba seguir determinado cauce procesal, aunque ambas funciones estén encarnadas en un solo órgano. A partir de la edad moderna el desarrollo de las funciones administrativas hizo incuestionable la necesidad de procesos más expeditos, proceso impulsado por la creación de autoridades de tipo monocrático y comisarial, a quienes se les encomendó la gestión sectorial y completa de un servicio, incluyendo las funciones jurisdiccionales, lo cual va configurando poco a poco en el antiguo régimen un sistema de relaciones entre administración y justicia que le permite a la primera una actuación *“autónoma y jurídicamente suficiente”*.⁷

Con el acaecimiento de la Revolución francesa en 1789, la Asamblea Constituyente interpreta el principio de división de poderes en el sentido de que la separación del poder ejecutivo y judicial implica que queda vedado para el último interferir en el funcionamiento de la administración pública.⁸ Esta prohibición se

⁶ Ulloa Loría, Francisco, *Curso de Derecho Administrativo, 3ra ed* (San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 2013) 117, 118.N

⁷ García de Enterría y Ramón Fernández, 458, 459, 460.

⁸ *Ibid.*, 468.

consagró en la ley del 16 y 24 de agosto de 1790, la cual establece que las funciones judiciales son separadas de las funciones administrativas, y por lo tanto, los jueces no pueden inmiscuirse en operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos funcionarios de la administración por razón de sus funciones. Como resultado de lo anterior se estableció que las eventuales reclamaciones contra la administración deben ser presentadas ante ella misma y resueltas por el jefe ejecutivo.⁹ En realidad se trata de una recaída en el sistema tradicional de la administración absolutista donde existe una exención jurisdiccional de las operaciones administrativas.¹⁰

Con el fin de atenuar la concentración del poder administrativo se creó el Consejo de Estado, el cual debía servir de asesor del ejecutivo en diversos aspectos, entre los cuales destaca la resolución de *“las dificultades que se presenten en materia administrativa”*. Esta función consiste en estudiar las reclamaciones que fueran presentadas contra la administración del Estado y proponer al jefe del poder ejecutivo una solución, lo cual se conoce como *“justicia retenida”*, pues el jefe del ejecutivo se reserva el poder de resolver los conflictos a pesar de que su estudio estuviera a cargo de un órgano asesor.¹¹

En 1806 se incluyó dentro del Consejo de Estado una Comisión Contenciosa, la cual produjo una especialización de sus operadores al tiempo que el jefe ejecutivo depositaba de manera progresiva su confianza en el órgano asesor, donde llegaba

⁹ Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Explicación Histórica Del Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, accesado el 22 de setiembre de 2020, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>, 5.

¹⁰ García de Enterría y Ramón Fernández, 467.

¹¹ Rodríguez Rodríguez, 5, 6.

a limitarse a firmar las soluciones a los conflictos que le eran propuestas. Aunadamente, la sociedad francesa poco a poco reconoció la seriedad e imparcialidad con la cual el Consejo de Estado ejercía su función asesora al punto que, a pesar de que la justicia continuaba retenida en manos del jefe del ejecutivo, se consideraba que quien administraba justicia en la práctica era el Consejo de Estado. Como consecuencia de lo anterior se promulgó la ley del 24 de mayo de 1872, la cual reconoce el carácter jurisdiccional del Consejo de Estado otorgándole competencias como juez de la administración para algunos asuntos, de manera que comenzó a abandonarse la concepción de la justicia retenida para abrir paso a la justicia delegada.¹² Ello no quiere decir que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene sobre la administración pública los poderes comunes que tienen los tribunales sobre los sujetos particulares, sino que se limita al enjuiciamiento *ex post* de las actuaciones administrativas, las cuales pueden producirse por propia autoridad, sin previa declaratoria judicial de pertinencia.¹³

García de Enterría y Ramón Fernández también atribuyen el privilegio posicional de la administración pública a un sistema de autotutela, según el cual, la administración está capacitada para tutelar sus propias situaciones jurídicas, eximiéndose de la necesidad de recurrir a la tutela judicial.¹⁴ Lo anterior conlleva a que estos autores consideren que la interposición de vías administrativas previas ante la propia administración, como requisito para permitir el acceso a los tribunales de justicia, es una manifestación de “*autotutela reduplicativa o en segunda potencia*”

¹² Ibid., 6, 7.

¹³ García de Enterría y Ramón Fernández, 469.

¹⁴ Ibid., 473.

de la administración pública, la cual no garantiza jurisdicción, pues consideran que esta implica neutralidad e independencia de los órganos decisores, las cuales se ven permeadas si la administración protege sus propios derechos e intereses.¹⁵

En el ordenamiento jurídico español la incorporación de la vía administrativa se remonta a la Real Orden de 9 de julio de 1847, la cual indica:

No siendo justo ni conveniente que la causa pública sea de peor condición que las particulares, a las cuales concede la ley medios de transigir sus diferencias por motivos de equidad, antes de verse envueltos en las dificultades que ofrece un litigio y considerando que la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación. ¹⁶

Con base en lo cual la Real Orden acuerda:

Que no se controvertan intereses del Estado sin que previamente se haga constar que se ha obtenido resolución en el asunto sobre el que verse, por vía gubernativa. ¹⁷

Se aprecia en el texto anterior como en España, al igual que Francia, el Antiguo Régimen había prefigurado un sistema de relaciones entre administración y justicia similar, donde juzgar a la administración se considera una función administrativa, perspectiva que se abandona en España en 1870 con la unificación

¹⁵ Ibid., 481.

¹⁶ Esquivel Carranza, Máximo, *El agotamiento de la vía Administrativa*, (San José, Universidad de Costa Rica, 1980), 7.

¹⁷ Ibid.

de fueros, luego se reestablece el sistema ortodoxo francés en la Ley Santamaría de Paredes de 1888 para terminar eliminando toda referencia a este principio en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956.¹⁸

1.1.2. La Vía Administrativa en Costa Rica

En Costa Rica la introducción de la figura de la vía administrativa tuvo lugar por medio del decreto XXXIII del 27 de diciembre de 1887, posiblemente influenciado por la Real Orden de España del 9 de julio de 1847, dada la herencia doctrinaria legada de este país. Esta ley niega la procedencia de demanda o juicio contencioso administrativo sino hasta después de agotar todos los recursos que en la vía administrativa tenga el asunto, normativa que es derogada por el decreto número 20 del 2 de agosto de 1916, cuyo artículo 3 señala que la vía administrativa se tiene por agotada cuando recaiga resolución expresa por parte de la administración resolviendo las peticiones ante ella presentadas o bien al transcurrir tres meses desde la fecha de presentación del reclamo, introduciendo así lo que se conoce como el silencio administrativo.¹⁹

El contenido del artículo 3 del decreto número 20 del 2 de agosto de 1916 se repite en el decreto legislativo número 11 del 20 de agosto de 1918 y en la ley número 33 del 12 de julio de 1922. La ley número 1226 del 15 de noviembre de 1950, reduce el plazo que debe transcurrir para que opere el silencio administrativo de tres meses a dos, se establece un plazo de un año a partir de la notificación de la resolución que da por agotada la vía administrativa para interponer el recurso

¹⁸ García de Enterría y Ramón Fernández, 471.

¹⁹ Esquivel Carranza, 8, 9.

contencioso administrativo y, por último, indica que el tribunal examinará si la resolución contra la cual se reclama es definitiva, aclarando que dicha cuestión implica no solo la resolución que no es susceptible de impugnación en vía administrativa, sino también las de mero trámite que hagan imposible la continuación del proceso.²⁰

A partir de entonces diversos cuerpos normativos de distintas ramas del derecho contienen artículos referidos a la vía administrativa, uno de ellos es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, número 3667 del 12 de marzo de 1966, cuyo artículo 31 señala que el agotamiento de la vía administrativa es un requisito para admitir la acción contencioso administrativa e indica que el procedimiento administrativo se tendrá por agotado cuando se hayan ejercido en tiempo y forma todos los recursos que quepan contra el acto y cuando la ley lo disponga expresamente.²¹ Esta ley fue derogada por el Código Contencioso-Administrativo del 23 de enero de 2008, el cual establece en su artículo 31 que, con las excepciones de rango constitucional correspondientes, la vía administrativa será facultativa.²²

El Código Procesal Civil del 16 de agosto de 1989 no menciona expresamente la vía administrativa; sin embargo es posible plantearla como una excepción de incompetencia en razón de la materia, de acuerdo con el inciso 1 de

²⁰ Ibid., 10, 11, 12, 13.

²¹ "Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo", Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 12 de setiembre de 2019, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7331&nValor3=7854&strTipM=TC, artículo 31.

²² Villalobos Soto, Jose Joaquín, *Código Contencioso Administrativo. Subtitulado, concordado, con espacios con anotaciones en cada artículo.*, 6° ed.(Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2012), 51.

su artículo 298,²³ situación idéntica a la que se presenta con el Código Procesal Civil de 3 de febrero de 2016, en el artículo 37.3.²⁴ Por su parte, la Ley de Jurisdicción Agraria de 29 de marzo de 1982 regula expresamente la vía administrativa en el inciso d) del artículo 44 como una defensa previa,²⁵ por último, se pueden encontrar vías administrativas en diversas leyes especiales.

Máximo Esquivel (1980) menciona en *El agotamiento de la vía Administrativa*, que mediante la interposición de la vía administrativa se logra evitar juicios innecesarios a los administrados, toda vez que los conflictos se pueden dilucidar en la vía administrativa y así evitar un juicio contencioso administrativo costoso y lento.²⁶ También explica que esto promueve una economía procesal, pues al interponer los recursos se le otorga a la administración pública una oportunidad para que sustituya o modifique el acto y con ello desagrar al recurrente,²⁷ cosa que el juez contencioso administrativo no puede efectuar.²⁸

²³ Parajeles Vindas, Gerardo, *Código Procesal Civil. Con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad y espacio para anotaciones en cada artículo.*, 22° ed.(Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2010), 125.

²⁴ "Código Procesal Civil", Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 20 de noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=81360&nValor3=103729&strTipM=TC, artículo 37.

²⁵ "Ley de Jurisdicción Agraria," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 02 de noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2107&nValor3=90657&strTipM=TC, artículo 44.

²⁶ Esquivel Carranza, 19.

²⁷ Ibid., 23.

²⁸ Escola, Héctor Jorge, "Tratado Teórico de los Recursos Administrativos", (1967): 269-270 y Miguel Sánchez Morón, "Discrecionalidad administrativa y control judicial", (1994). Citados por Ernesto Jinesta Lobo en *Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: La necesidad de su carácter facultativo*, Accesado el 19 de Agosto de 2020, <https://www.ernestojinesta.com/REVISTAS/INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVO%20DE%20LA%20V%20C%3%8dA%20ADMINISTRATIVA.PDF>, 4.

El primer jurista costarricense en sugerir la posible inconstitucionalidad del artículo 31 de la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es el Dr. Ernesto Jinesta Lobo en su trabajo *El agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos*. El autor explica que, pese a la libertad de configuración o discrecionalidad del legislador al diseñar los diversos procesos, tal potestad legislativa se ve limitada por el principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), conforme al cual no se pueden crear procesos asimétricos en los cuales se le otorgan privilegios a una de las partes. Añade que el carácter vinculante de la vía administrativa prolonga el acceso a una tutela judicial efectiva (artículos 41 y 49 de la Constitución Política), por cuanto, entre la adopción del acto y su impugnación en vía judicial existe un lapso considerable que puede dar al traste con situaciones jurídicas sustanciales aducidas por el administrado y provocar el dictado de sentencias inútiles.²⁹

Posterior a la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 31 de la antigua Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante el Voto 3669-2006 de la Sala Constitucional, el Dr. Jinesta comenta que este beneficia enormemente a los administrados, quienes, a partir de ese momento, no están obligados a discutir por años los diferendos que tengan con la administración, pudiendo acudir ante un juez de la República para que dirima el conflicto.³⁰ En materia agraria, el autor se inclina

²⁹ “El agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos.”, Ernesto Jinesta Lobo, Accesado el 19 de Agosto de 2020, <https://www.ernestojinesta.com/REVISTAS/AGOTAMIENTO%20DE%20LA%20V%C3%8DA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20LOS%20RECURSOS%20ADMINISTRATIVOS.PDF> , 7,8.

³⁰ “Consecuencias de la Inconstitucionalidad del Agotamiento Preceptivo de la Vía Administrativa (Comentarios al Voto N.º 3669-2006 de la Sala Constitucional)”, Ernesto Jinesta Lobo, Accesado el 19 de Agosto de 2020, <http://www.ernestojinesta.com/REVISTAS/INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVOhttps://>

por considerar que, tanto el inciso d) del artículo 44 de la Ley de Jurisdicción Agraria, como el artículo 94 de la Ley de Tierras y quedan derogados con este voto constitucional, por lo que ambas partes pueden acudir directamente a la jurisdicción agraria.³¹

El Dr. Enrique Ulate Chacón opina, en cambio, que el artículo 94 de la Ley de Tierras y Colonización y el inciso d), del artículo 44 de la Ley de Jurisdicción Agraria encuentra asidero para su vigencia en el Voto 1574-2008 de la Sala Constitucional, el cual resuelve:

*(...) la consulta judicial en el sentido que el artículo 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonizaciones, no son inconstitucionales toda vez, que prevé un medio de resolución alternativo de conflictos y no un privilegio para el Instituto de Desarrollo Agrario. Corresponde al Juzgado consultante establecer si el reproche alegado es procedente y declarar lo que corresponda, conforme a Derecho.*³²

Adicionalmente, el Dr. Ulate considera que este agotamiento preceptivo ha servido para mantener la paz social en el campo y para el cumplimiento del rol económico-social del Estado.³³

[//www.ernestojinesta.com/REVISTAS/CONSECUENCIAS%20DE%20LA%20INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVO%20DE%20LA%20V%20C3%8dA%20ADMINISTRATIVA.PDF](http://www.ernestojinesta.com/REVISTAS/CONSECUENCIAS%20DE%20LA%20INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVO%20DE%20LA%20V%20C3%8dA%20ADMINISTRATIVA.PDF), 10.

³¹ Ibid., 16, 17.

³² Ibid.

³³ Ulate Chacón, Enrique, "Jurisprudencia del Tribunal Agrario y la Ley de Tierras y Colonización", *Revista Judicial*, Costa Rica, N° 99, (2011). Accesado el 11 de agosto de 2020 <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NTcy>, 37.

1.2. Sección II: Conflictos por Aprovechamiento de Aguas Entre Particulares en Costa Rica

Actualmente la Ley de Aguas de 1942 es el cuerpo normativo encargado de regular todo lo concerniente a este recurso. Esta ley le otorga la rectoría de las aguas de dominio público al Ministerio de Ambiente y Energía (en adelante MINAE) y concede la competencia para conocer los conflictos por aprovechamiento de aguas suscitados entre particulares a los inspectores cantonales de aguas, cuyas resoluciones solo tienen recurso de apelación ante la Dirección de Aguas del MINAE. Esta sección hace un estudio del marco normativo actual y de los antecedentes legales de los conflictos surgidos entre sujetos de derecho privado con ocasión de aprovechamientos del recurso hídrico en Costa Rica con el fin de llegar a tener una mejor comprensión del objeto de estudio.

1.2.1. El Inspector de Aguas

Los primeros registros de dicha figura en nuestro país se presentan durante la formación del Estado costarricense, pues en este período fue muy común que en el uso y reparto del agua se procediera de manera casuística debido a varias razones, entre ellas, el gran margen que el derecho castellano otorgaba a la costumbre, la escasez de letrados y el que los distintos códigos contenían normas distintas, contradictorias y hasta excluyentes.³⁴

³⁴ “Primeros 100 años del Marco Legal Costarricense sobre Recursos Hídricos 1884-1984”, Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, Accesado el 27 de julio de 2020, http://www.da.go.cr/wp-content/uploads/2016/07/DIRECCION_AGUA_JULIO_2013_ARTICULO_100_A%C3%91OS_DEL_MARCO_LEGAL_HIDRICO.pdf, 5.

El recurso hídrico se regula por primera vez en Costa Rica mediante la Ley de Aguas número 11 del 26 de mayo de 1884, la cual utilizó como base la Ley de Aguas española de 1879; esta otorga la administración de las aguas a los ayuntamientos y en algunos casos al gobernador de la provincia, dicha normativa omite introducir la figura del juez de aguas. Cinco años más tarde se redacta y aprueba la Ley de Aguas costarricense, la cual otorga la policía de aguas a las municipalidades, pero omite igualmente la figura del juez de aguas. Este funcionario sería investido de autoridad y jurisdicción cantonal mediante la Ley de la Inspección Cantonal de Aguas, decreto número 15 del 11 de mayo de 1923, llenando así el vacío legal que existía en la época respecto al funcionario público encargado de resolver las controversias relacionadas con el agua.³⁵

Tras 58 años de vigencia de la primera Ley de Aguas, se emitió la ley número 276 del 23 de agosto de 1942, la cual le concede el dominio y el control de las aguas al Ministerio de Ambiente y Energía. Incorpora casi textualmente la Ley de Inspección Cantonal de Aguas de 1923 en su capítulo XII, pero le añade funciones al inspector respecto al trámite de concesiones.³⁶

Desde 1942 el nombramiento de los Inspectores Cantonales de Aguas correspondía al Servicio Nacional de Electricidad hasta su transformación en la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos en 1996, momento a partir del cual el Departamento de Aguas y el nombramiento de este funcionario se trasladan al

³⁵ Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía , “Síntesis Inspector Cantonal de Aguas”, 4-5.

³⁶ Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía , “Primeros 100 años del Marco Legal Costarricense sobre Recursos Hídricos 1884-1984”, 17.

MINAE, entidad que asume las potestades que la Ley de Aguas le había otorgado al Servicio Nacional de Electricidad.³⁷

En 2010, el artículo 40 del decreto número 35669-MINAET, ordena crear la Dirección de Aguas “amparada en la naturaleza jurídica del Departamento de Aguas de conformidad con el artículo 177 de la Ley de Aguas N.º 276 del 27 de agosto de 1942”. El artículo 41 de este decreto enumera las funciones de la Dirección de Aguas, dentro de los cuales destaca el inciso l) el cual indica: “Atender las denuncias y controversias en materia de recurso hídrico, resolverlas conforme lo dispuesto en la legislación”.³⁸

1.2.2. Conflictos entre particulares en la Ley de Aguas

El capítulo undécimo de la ley número 276 de 27 de agosto de 1942, establece que el dominio y control de las aguas lo ejerce el MINAE, y además dispone que para conceder o denegar concesiones se hará conforme a la Ley Para Desarrollar Fuerzas Hidráulicas, número 258 de 18 de agosto de 1941 y conforme a la propia Ley de Aguas para los demás aprovechamientos. Para estos fines el MINAE actúa por medio del Departamento de Aguas (Dirección de Aguas actualmente) y de los Inspectores Cantonales de Aguas.³⁹

³⁷ Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, “Síntesis Inspector Cantonal de Aguas”, 6.

³⁸ Reglamento Orgánico del Ministerio de Ambiente y Energía, Decreto N° 35669-MINAET”, Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 10 de setiembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=66973, artículos 40, 41.

³⁹“Ley de Aguas,” Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 13 de setiembre de 2019, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=11950&nValor3=91553&strTipM=TC&lResultado=2&nValor4=4&strSelect=sel, artículos 176, 177.

El capítulo XII de la Ley de Aguas, como se mencionó anteriormente, recoge el contenido de la Ley de Inspección Cantonal de Aguas de 1923 por lo cual establece que las diferencias suscitadas entre particulares con motivo del aprovechamiento de las aguas y del uso de las servidumbres, corresponde resolverlas, con carácter preventivo y conciliador, al inspector cantonal de aguas, así como las obras de defensa, desecación o regadío. Sus resoluciones, indica la ley, subsistirán hasta tanto no sean revocadas, modificadas o anuladas por la Dirección de Aguas del MINAE, o por decisión judicial en juicio declarativo. Es decir, contra lo resuelto por el inspector cantonal de aguas cabe un recurso administrativo de apelación, el cual deberá interponerse dentro del tercer día ante el Departamento de Aguas del MINAE, y este fallo subsistirá mientras no sea modificado o revocado por resolución judicial.⁴⁰

La intervención de los órganos judiciales en conflictos relacionados con las concesiones y los aprovechamientos de este recurso se regula en el capítulo décimo tercero de la ley el cual indica, en el numeral 205, que corresponde a los tribunales que ejercen la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones que se susciten exclusivamente entre particulares relativas al derecho sobre las aguas públicas (fuentes y aguas minerales y las aguas subterráneas y superficiales)⁴¹, de pesca, servidumbres de aguas y de paso por las márgenes, el derecho y posesión de las riberas y el dominio de aguas privadas y su posesión.

⁴⁰ Ibid., artículos 186, 187.

⁴¹ "Código de Minería," Procuraduría General de la República, Accesado el 24 de Noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=48839&nValor3=96900&strTipM=TC , artículo 4.

Asimismo corresponde a la jurisdicción civil conocer sobre los conflictos surgidos entre particulares sobre la preferencia en el aprovechamiento de aguas pluviales y las demás aguas fuera de sus cauces naturales, así como los daños y perjuicios ocasionados por la apertura de pozos ordinarios o artesianos, la ejecución de obras subterráneas y por toda clase de aprovechamiento entre particulares. El plazo para establecer dichas acciones es de un año contado a partir de que recaiga la resolución, si esta ha sido notificada al reclamante, o desde que se empiece a hacer uso del aprovechamiento si no ha sido notificada personalmente.⁴²

Cuando los derechos controvertidos se basan en una concesión administrativa, el artículo 209 no permite que los tribunales resuelvan cuestión alguna de índole privada mientras no aparezca libre y expedita su jurisdicción por resoluciones del Ministerio del Ambiente y Energía o de los inspectores cantonales de aguas que puedan servir de base para la decisión de la cuestión civil planteada.

Por último, el artículo 210 establece que *“cuando se persigue una declaración de posesión definitiva de las aguas públicas, o la reivindicación de la posesión de derechos de las aguas privadas, cae dentro de la competencia de los Tribunales Ordinarios”*.⁴³

En cuanto a los conflictos entre particulares por servidumbre de aguas la ley apunta que corresponde a los inspectores de aguas y a los tribunales civiles conocer sobre las servidumbres contenidas en dicha ley, las cuales son:

Naturales: La ley establece que los terrenos inferiores están obligados a recibir las aguas procedentes de los superiores sin intervención del ser humano, así como

⁴² Procuraduría General de la República de Costa Rica, “Ley de Aguas,” artículos 205, 206, 207.

⁴³ Ibid., artículo 210.

la tierra y piedras que arrastre consigo; sin embargo, si las aguas son producto de alumbramientos artificiales o sobrantes de acequias de riego o de establecimientos industriales podrá resarcirse por daños y perjuicios, a no ser que aproveche las aguas. Pueden negarse a recibir aguas nocivas o fétidas de establecimientos industriales. Quien recibe y el dueño del predio superior, están facultados para efectuar construcciones para regularizar el agua o aprovecharlas en su caso. No se puede variar el curso de salida de las aguas salvo convenio con el predio inferior o que el MINAE resuelva lo contrario, se puede solicitar al dueño que se remueva el estorbo cuando el agua arrastre materiales que dificulten su curso o que les permita hacerlo.⁴⁴

Legales: Quien desee aprovechar las aguas naturales y no tenga consentimiento de los vecinos para las construcciones correspondientes podrá solicitar la imposición de la servidumbre respectiva ante el Ministerio de Ambiente y Energía, el cual dará audiencia por 30 días por las siguientes causas: por no ser el solicitante concesionario de aguas o dueño del terreno en que intente utilizarla o por poder establecerse la servidumbre sobre otros predios con iguales ventajas para quien pretenda imponerla, y menores inconvenientes para el que ha de sufrirla. Al contestar la audiencia, el dueño del predio afectado y el solicitante expondrán sus pruebas y se dictará resolución con el monto de la indemnización a la que tiene derecho el perjudicado. El único recurso que cabe contra lo resuelto es el juicio declarativo de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo XIII de la Ley de Aguas descrito anteriormente. Las servidumbres legales se subdividen en tres tipos: I. De

⁴⁴ Ibid., Capítulo V, Sección I.

acueducto. II. De estribo de presa y parada o partidior. III. De abrevadero y saca de agua.

- Servidumbre de acueducto:

Si un terreno que recibe agua por un solo punto se divide entre dos o más dueños, los de la parte superior están obligados a dar paso como servidumbre de acueducto a los inferiores sin indemnización. Se constituirá con acequia cubierta cuando lo exija su profundidad, contigüidad a habitaciones o caminos, con cañería en el momento en que puedan ser absorbidas otras aguas ya apropiadas, sustancias nocivas o causen daño a obras y edificios. Puede ser temporal o perpetua, la primera no excede seis años y se indemniza al dueño el doble de arriendo del área ocupada, y si es perpetua se indemniza el valor del terreno y los daños y perjuicios. Si se pagara diferencia se puede constituir en perpetua la temporal.

Será de cuenta del solicitante las obras necesarias para su construcción, conservación y limpia, para lo cual se autorizará a ocupar los terrenos indispensables para este fin. Al constituirse se fijará la anchura de la acequia y sus márgenes, por donde el derecho de paso es inherente, si atraviesa vías públicas o particulares, el solicitante estará obligado a construir y conservar las alcantarillas y puentes necesarios, y si afecta otros acueductos no puede variar la velocidad, calidad o cantidad del agua. Si se desea aumentar el caudal se procederá igual que el establecimiento de la servidumbre. El dueño del predio sirviente puede cerrarlo y cercarlo, así como edificar sobre el acueducto mismo, de manera que este no experimente perjuicio ni se imposibiliten las reparaciones y limpias necesarias, se

pueden construir puentes para acceder al acueducto. El agua, el cauce, las cajeras y las márgenes serán considerados como parte integrante del acueducto.

La concesión de la servidumbre caduca si no se hace uso de ella en el plazo establecido una vez satisfechas las indemnizaciones de los predios sirvientes. Se extingue por: consolidación (predios de un mismo dueño), expiración del plazo en la servidumbre temporal y por el no uso durante 10 años.

- Servidumbre de estribo, presa, parada o partidor:

Se puede imponer cuando quien la solicita no sea dueño de los terrenos o riberas donde haya de apoyarla. Se abonará al dueño del predio el valor del terreno y daños y perjuicios si es del caso. Quien para dar riego a su heredad o mejorarla necesite construir podrá exigir a los dueños de las márgenes que permitan su construcción, previa indemnización de daños y perjuicios.

- Abrevadero y saca de agua:

Solo podrá ser interpuesta a favor de una población por causas de utilidad pública previa indemnización. No se impondrán sobre los pozos ordinarios, las cisternas o aljibes, o los edificios o terrenos cercados con pared. Las servidumbres llevan consigo la obligación, en los predios sirvientes, de dar paso a personas y ganados hasta el fundo donde haya de ejercerse. Son aplicables las prescripciones establecidas para la servidumbre de acueducto, y al decretarlas, se especificarán las condiciones aplicables. Los dueños de los predios sirvientes podrán variar la dirección de la vía o senda destinada al uso de estas servidumbres, pero no su anchura ni entrada, ni perjudicar su uso.⁴⁵

⁴⁵ Ibid., Capítulo V, Sección II.

La jueza agraria Rosaura Segnini Vargas opina que “el agotamiento es fundamental, es importante siempre contar con criterios técnicos y vías de solución de conflictos de previo a cualquier acción judicial, esperando que ese agotamiento resulte ser atendido en forma pronta y eficiente”.⁴⁶

3. Capítulo II: Antecedentes Judiciales del Agotamiento de la Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares

Los antecedentes judiciales de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares se clasifican en dos en función de su jerarquía legal: los precedentes constitucionales sobre la vía administrativa, los cuales se consideran parte del ordenamiento positivo en razón de que el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional indica que los precedentes y la jurisprudencia de esa sala tienen fuerza vinculante *erga omnes*,⁴⁷ y los antecedentes de los tribunales ordinarios en los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, los cuales sirven como referencia, mas no pueden ser considerados como vinculantes.

3.1. Sección I: Precedentes Constitucionales de la Vía Administrativa

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha emitido hasta la fecha dos votos que están íntimamente relacionados con la vía administrativa,

⁴⁶ Comunicación personal el 23 de marzo de 2021 vía correo electrónico.

⁴⁷ “Ley de Jurisdicción Constitucional,” Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 24 de noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC , artículo 13.

delimitando su aplicación, razón por la cual es menester para los objetivos de esta investigación un examen exhaustivo de sus contenidos.

3.1.1. Fuerza vinculante de los Precedentes y Jurisprudencia Constitucionales

Como se mencionó líneas antes, el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional otorga efecto vinculante *erga omnes* a los precedentes y jurisprudencia constitucionales. Adicionalmente, el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial hace referencia a los pronunciamientos emanados del Tribunal Constitucional al señalar:

Los funcionarios que administran justicia no podrán:

1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. (...)

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional (...).⁴⁸

En la tesis *El principio erga omnes en el derecho constitucional costarricense. Análisis de constitucionalidad*, de Badilla y Barrantes, se define la vinculatoriedad de los precedentes y jurisprudencia de la Sala Constitucional del artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional como *“una cuerda que ata de tal modo que no se puede librar de ella sin contrariar el Derecho Constitucional. Quien se aparte de lo dicho por la jurisprudencia constitucional está contrariando tal derecho”*.⁴⁹

⁴⁸ Procuraduría General de la República de Costa Rica, *Ley Orgánica del Poder Judicial*, artículo 8.

⁴⁹ Badilla Mora, Esther y Barrantes Mena, Gustavo, “El principio erga omnes en el derecho constitucional costarricense. Análisis de constitucionalidad,” Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa

La Sala Constitucional ha manifestado respecto a los alcances del efecto vinculante de sus precedentes que

*quienes se encontraren en la misma situación que los recurrentes en cualquier dependencia de la administración pública, deben ser beneficiados –en acatamiento al fallo y al artículo citado– con lo resuelto en la sentencia; pero si no pudieren obtener ese beneficio por negativa de la administración a declararlo en su favor, pueden plantear acción de amparo citando como antecedente la resolución 341-91 de esta Sala.*⁵⁰

El extracto recién transcrito del Voto 115-92 Constitucional aclara el concepto *erga omnes*, al indicar que se refiere a que la fuerza vinculante de los precedentes emanados de los pronunciamientos de la Sala Constitucional aplica para todos los sujetos de derecho comprendidos en su jurisdicción, menos para sí misma; razón por la cual la propia Sala Constitucional no debe seguir lo dicho en sus precedentes. En este sentido el Dr. Mauro Murillo indica que precedente es el criterio sentado en un caso concreto y “(...) *la jurisprudencia es la reiteración de precedentes en la instancia superior*”.⁵¹ La vinculatoriedad de los precedentes constitucionales obedece al hecho de que el precedente crea una regla jurídica y por ello, en virtud de la igualdad ante la ley, dicha regla debe ser aplicada para todos los casos similares.⁵²

Rica, *Accesado el 15 de julio de 2020*, <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-principio-erga-omnes-en-el-derecho-constitucional-costarricense.-An%C3%A1lisis-de-constitucionalidad.pdf>, 88.

⁵⁰ “Voto 115-92 de las doce horas y doce minutos del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos,” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Accesado el 16 de julio de 2020*, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83982>, párrafo 4.

⁵¹ “*Carácter Vinculante de los Criterios de la Sala Constitucional*”, Murillo, Mauro, *Accesado el 15 de julio de 2020*, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13351/12623/>, 3.

⁵² Badilla Mora y Barrantes Mena, 83

El voto constitucional 5860-2009, de las 14:36 horas del 3 de abril del 2009, ejemplifica el hecho de que la vinculatoriedad de los precedentes no aplica para sí misma:

El cambio de criterio de esta Sala se puede dar tanto en relación con precedentes que estiman un recurso, como también respecto de sentencias desestimatorias de un proceso planteado con anterioridad. Así las cosas, pese a que en anteriores ocasiones y se citan, por ejemplo, las sentencias 8000-2006 de las 9:03 hrs. del 2 de junio de 2006 y la 17559-2006 de las 15:03 hrs. del 5 de diciembre de 2006, se consideró que el almacenamiento de los datos de una persona y, específicamente, el detalle de una cuenta como “incobable” en un registro de un banco sin sujeción a un límite temporal, constituía una sanción contraria al Derecho de la Constitución; en esta oportunidad y bajo una mejor ponderación, se procede a cambiar el criterio que se había venido sosteniendo de conformidad con las consideraciones que a continuación se esbozan (...).⁵³

Para Hernández Valle, el artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional goza de dos fundamentos constitucionales: el artículo 42 de la Carta Política, el cual establece el carácter de cosa juzgada a las resoluciones de la Sala Constitucional y el principio constitucional de regularidad jurídica.⁵⁴ En caso de que la Sala Constitucional acabe por sentar precedentes contradictorios “vincula lógicamente el

⁵³ Voto 5860-2009 de las doce horas y doce minutos del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos,” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Accesado el 16 de julio de 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-449860>, párrafo 4.

⁵⁴ Hernández Valle, Rubén, “La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional,” Revista Judicial N.º 92 (2009): 20. Accesado el 17 de julio de 2020, <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial92.pdf>

último, pues se supone que el último siempre es el que refleja el criterio actual. Puede, sin embargo, en algunas situaciones, prevalecer un criterio anterior por razones de especialidad”. ⁵⁵

En cuanto a las partes del precedente que resultan de acatamiento obligatorio, algunos autores estiman que se debe distinguir entre la *ratio decidendi* de la sentencia y el *obiter dictum*:

El obiter dictum es una expresión latina que se traduce como “dicho de paso”, en él se encuentran las “consideraciones no atinentes al asunto o formuladas como una opinión, pero que no lo deciden. La ratio decidendi, traducida como razón del decir, se considera que es:

(...) la parte de la sentencia que contiene los hechos jurídicamente relevantes al caso y la respuesta del juez al problema planteado por las partes, por lo que resulta de necesaria observancia.

La ratio decidendi no es sino una regla del derecho que se puede abstraer al leer un conjunto de sentencias. Tales reglas, que no necesariamente se exponen en forma expresa, son precisamente las vinculantes y las que hacen que la jurisprudencia de SC sea vinculante hacia todos. ⁵⁶

Hernández Valle opina que las resoluciones de la Sala Constitucional no son solo vinculantes en su parte dispositiva, sino también en la *ratio decidendi* contenida en los considerandos de las sentencias correspondientes. Opina que la jurisdicción constitucional

⁵⁵ Murillo, 4.

⁵⁶ Badilla Mora y Barrantes Mena, 90.

requiere vincular la conducta futura de los órganos estatales y de los particulares, indicándoles precisamente el marco dentro del cual puede discurrir su conducta futura y estableciendo, de manera concomitante, la prohibición de que se repitan actos y conductas previamente declaradas en esa vía como inconstitucionales (...).

Lo cual hace necesaria la vinculatoriedad de la *ratio decidendi*".⁵⁷

Sin embargo, el Dr. Mauro Murillo sostiene una posición distinta: *"En tanto haya un criterio en el fallo, es un criterio de la Sala y como tal es vinculante, esté o no aceptablemente elaborado, se refiera o no al tema central del caso que se juzga"*.

58

Este criterio no es compartido por el Tribunal Constitucional, el cual expresó al respecto en la resolución 7062-1995, de las diez horas cuarenta y cinco minutos del 22 de diciembre de 1995:

*Se hace la indicación, conforme a lo que ya ha dispuesto esta Sala, que la vinculatoriedad que caracteriza a la jurisprudencia constitucional se refiere tanto a la parte considerativa como dispositiva de la sentencia, en el tanto que aquélla claramente condiciona y determina ésta (artículo 13 de la Ley de Jurisdicción Constitucional).*⁵⁹

Este voto refleja claramente la posición de la Sala Constitucional en este aspecto, en el cual se limita a indicar que los criterios vertidos en el considerando también son vinculantes, en cuanto estos condicionan la parte dispositiva de la

⁵⁷ Hernández Valle, 23.

⁵⁸ Mauro Murillo, 5.

⁵⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica "Voto 7062-1995 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del 22 de diciembre de 1995".

sentencia, es decir excluye el *obiter dictum*, por lo cual se puede afirmar que, de acuerdo con este voto, no todos los criterios contenidos en los considerandos de sus votos son vinculantes, sino que se debe distinguir entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*, pues solo los primeros son vinculantes.

3.1.2. Precedentes constitucionales de la vía administrativa en Costa Rica

En 2006, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se pronunció respecto a los artículos 21 párrafo 1°, inciso a y 31, párrafo primero, los cuales regulaban la vía administrativa en la antigua Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante el voto número 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo de 2006, con motivo de la consulta judicial formulada por el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José.

Indica dicho voto que en la base del agotamiento de la vía administrativa subyace la prerrogativa de autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas, lo cual les faculta para resolver los recursos administrativos ordinarios que procedan contra el acto final que ella misma dicte, convirtiéndose así en juez y parte. Dicha asimetría, en criterio de los magistrados, resulta repugnante para el derecho de la Constitución, pues las administraciones públicas deben ser concebidas y entendidas como un sujeto de derecho más del ordenamiento jurídico.⁶⁰

⁶⁰ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Voto 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo de 2006".

Así mismo, se expone como otro motivo de inconstitucionalidad de las normas impugnadas, la transgresión al principio de igualdad, artículo 33 Constitucional, ya que solo en el proceso contencioso administrativo se obliga al justiciable a agotar todos los recursos administrativos ordinarios procedentes y no así en el resto de las jurisdicciones.

La Sala estima que la infracción al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida en el agotamiento de la vía administrativa deviene de los siguientes aspectos: a) Normalmente no se logra que el propio órgano o su superior modifique o anule el acto impugnado, b) el procedimiento suele prolongarse más allá de los plazos legales y de lo que puede considerarse como un plazo razonable, prolongando el acceso a la tutela judicial efectiva; y c) la suma de los plazos requeridos para agotar la vía administrativa y la contenciosa administrativa provocan que los administrados tengan una justicia tardía la cual puede transformarse en una denegación de justicia.

Los magistrados Solano y Vargas difieren en cuanto a las normas impugnadas, pues no consideran que sean inconstitucionales *per se*, porque en principio establecen reglas las cuales posibilitan una resolución alterna del conflicto, lo cual evita judicializar todas las disputas surgidas entre la administración pública y los administrados.

Igualmente cuestionan si la transgresión al derecho fundamental a una justicia pronta y cumplida proviene de los entes públicos, ya que muchas veces las partes tratan de extender el tiempo de duración de los procesos administrativos con el ánimo de impedir el dictado del acto final, además de la lentitud de la cual hace

gala el proceso contencioso administrativo en los procesos que son sometidos a su conocimiento. Concluyen que el recurso de amparo ha servido en gran medida para regular el tiempo de respuesta de las diferentes administraciones públicas, analizando caso por caso y sin llegar a la constitucionalización de plazos.

Otro antecedente constitucional relacionado con el agotamiento de la vía administrativa de observancia obligatoria es el voto 1574-2008 de las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de 2008 de la Sala Constitucional, el cual resuelve una consulta judicial facultativa formulada por el Juzgado Agrario del I Circuito Judicial de Alajuela sobre

*la constitucionalidad de los supuestos contenidos en los artículos 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonización y el artículo 44, inciso d), de la Ley de la Jurisdicción Agraria relacionados con la necesidad de agotar la vía administrativa en esa jurisdicción.*⁶¹

El artículo 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonización indica:

(...) Previamente al establecimiento de una acción judicial cualquiera en que pueda estar comprendido un problema de posesión precaria de tierras, los propietarios deberán presentar su reclamo ante el Instituto, conforme a los procedimientos mencionados en este Capítulo. Transcurridos tres meses a partir del recibo de la gestión respectiva sin que el Instituto haya

⁶¹ Voto 1574-2008 de las las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de dos mil ocho", Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Accesado el 27 de julio de 2020, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-440821>, párrafo noveno.

declarado la existencia de un conflicto de posesión de tierras, o un año desde esa declaratoria, sin que el conflicto haya sido solucionado, se tendrá por agotado el procedimiento administrativo, y los accionantes podrán dirigirse a los Tribunales (...)".⁶²

Por su parte, el artículo 44 de la Ley de la Jurisdicción Agraria preceptúa lo siguiente:

Las siguientes serán admisibles como defensas previas y deberán presentarse en el momento de contestar la demanda, o en el momento de la réplica, salvo la de cosa juzgada, que podrá presentarse en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia definitiva:

(...)

d) La falta de agotamiento de la vía administrativa.

(...)"⁶³

⁶² "Ley de Tierras y Colonización," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 2 de noviembre de 2020.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=32840 , artículo 94.

⁶³ "Ley de Jurisdicción Agraria," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 02 de noviembre de 2020,
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2107&nValor3=90657&strTipM=TC , artículo 44.

En cuanto a la constitucionalidad de las normas referidas, el Tribunal Constitucional considera:

(...) Debe recordarse que el Derecho de la Constitución contiene una serie de principios y valores supuestos, tales como la paz y la armonía sociales, para cuyo efecto se establecen en el texto constitucional mecanismos de solución de conflictos tales como la tutela judicial (artículo 41 constitucional) y la solución alterna de conflictos (artículo 43 constitucional). De modo que, es evidente que en el caso del Instituto de Desarrollo Agrario, su intervención en el conflicto, como un tercero ajeno a la posición de las partes en conflicto (heterotutela administrativa), es para dirimir un conflicto entre el poseedor en precario y el propietario registral, con lo cual asume una clara posición arbitral o mediadora, que resulta completamente diferente a la que tradicionalmente tienen las administraciones públicas en los procedimientos administrativos lineales, esto es, concomitantemente, la de parte interesada y encargada de resolver el conflicto (autotutela administrativa).⁶⁴

Este voto también explica en su considerando que ni los *obiter dicta* ni la *ratio decidendi* de la sentencia 3669-2006 de ese mismo Tribunal son aplicables a las normas consultadas, por cuanto el Instituto de Desarrollo Agrario interviene como mediador o árbitro entre los poseedores en precario y los propietarios registrales para asegurar la vigencia de un valor constitucional de primer orden como lo es la paz social.

⁶⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, "Voto 1574-2008 de las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de dos mil ocho", párrafo doceavo.

Dadas las razones apuntadas el Tribunal Constitucional

evacúa la consulta judicial en el sentido que el artículo 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonizaciones y el artículo 44, inciso d), de la Ley de la Jurisdicción Agraria, no son inconstitucionales, toda vez, que prevé un medio de resolución alternativo de conflicto y no un privilegio para el Instituto de Desarrollo Agrario. ⁶⁵

De un estudio de los votos anteriores se pueden diferenciar dos roles que la administración pública cumple en el procedimiento administrativo: Así, cuando la administración pública actúa como ente decisor y, a la vez, parte interesada en el conflicto se conoce como una manifestación de autotutela de la administración pública, por el contrario, cuando esta actúa solamente como ente decisor en el conflicto, árbitro o mediador, se le conoce como heterotutela administrativa. Esta diferenciación es de gran importancia porque es lo que define si el agotamiento preceptivo de la vía administrativa es constitucional o no, aspecto que se puede derivar de las citas supra indicadas emanadas del órgano contralor de la constitucionalidad costarricense.

3.2. Sección II: La Jurisprudencia de la Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares

A pesar de que el concepto de “jurisprudencia” es muy común en el argot jurídico, conviene definir en esta sección el concepto tan ampliamente como sea posible a fin de que el lector logre identificar cuando se está ante un simple criterio

⁶⁵ Ibid., último párrafo.

judicial o si, en efecto, lo presentado constituye jurisprudencia, así como el papel que esta juega dentro del ordenamiento costarricense. Una vez desarrollado lo anterior se hace un estudio de las sentencias de los tribunales costarricenses que resuelven sobre el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas.

3.2.1. Concepto de Jurisprudencia y Aspectos Generales

El Diccionario Jurídico Elemental brinda una primera aproximación al concepto de jurisprudencia, la cual define como un *“conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho”*.⁶⁶

En nuestro país la jurisprudencia está regulada en distintos cuerpos normativos. El Código Civil, indica que la misma contribuye a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.⁶⁷ La Ley General de Administración Pública, en su artículo 7, clasifica la jurisprudencia como una norma no escrita e indica que estas

servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan. Cuando se trate de suplir la ausencia, y no la

⁶⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, 14° ed. (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2000) 221.

⁶⁷ Parajeles Vindas, Gerardo, *Código Civil. Con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad y espacio para anotaciones.*, 22° ed.(Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2010), 17.

insuficiencia, de las disposiciones que regulan una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley (...). ⁶⁸

El artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, párrafo final, establece:

Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. ⁶⁹

Algunos órganos administrativos tienen asimismo la potestad de crear jurisprudencia con efectos vinculantes para aquellas entidades sujetas a su competencia, tal es el caso de la Procuraduría General de la República, cuyos dictámenes y pronunciamientos son vinculantes para la administración pública de acuerdo con el artículo 2 de su Ley Orgánica.⁷⁰ Los criterios de la Contraloría General de la República también son de acatamiento obligatorio para los entes y órganos que integran la hacienda pública de acuerdo con el artículo 4 de su Ley

⁶⁸ Solano Mojica, Moisés, *Ley General de Administración Pública (Concordada)*, 23° ed. (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2010), 13.

⁶⁹ "Ley Orgánica del Poder Judicial," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 15 de Julio de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635&strTipM=TC , artículo 5.

⁷⁰ "Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 15 de julio de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38915&nValor3=72452&strTipM=TC , artículo 2.

Orgánica,⁷¹ por último, las circulares de la Dirección o Subdirección del Registro Público son vinculantes respecto de los registradores en los casos análogos.⁷²

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha profundizado en el concepto y alcances de la Jurisprudencia de los tribunales comunes al señalar:

*(...) resulta posible ejercer el control de constitucionalidad de la jurisprudencia, ésta debe ser entendida como fuente no escrita en los términos del artículo 7 de la Ley General de la Administración Pública, consistente en el criterio reiterado en fallos jurisprudenciales por los jueces en el ámbito de su competencia – se exigen al menos tres en idéntico sentido, (...) en forma reciente, a partir de la sentencia número 2005-04371, de las catorce horas con cincuenta minutos del veintiuno de abril del dos mil cinco, consideró que también se constituyen como tales las derivadas de los Tribunales Superiores, en aquellos supuestos en los cuales éstas sean las últimas instancias que conozcan de los procesos, al no proceder el recurso de casación respecto de ellas.*⁷³

Se desprende de las normas invocadas y el extracto recién transcrito que, en nuestro país, la jurisprudencia consiste en el criterio reiterado en más de tres ocasiones, emitidos por las salas de casación o los tribunales superiores de la Corte

⁷¹ “Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,” Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 15 de julio de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&strTipM=TC , artículo 5.

⁷² “Reglamento del Registro Público,” Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 15 de julio de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55371&nValor3=91931&strTipM=TC , artículo 44.

⁷³ “Voto 12011-2006 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del dieciséis de agosto del dos mil seis,” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Accesado el 9 de noviembre de 2020, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-355720> , párrafo 6.

Suprema de Justicia en los supuestos en los que estos sean las últimas instancias que conozcan de los procesos, además se indica que es posible ejercer el control de constitucionalidad sobre esta.

El Dr. Bernardo van der Laat Echeverría brinda algunas razones por las cuales considera que la jurisprudencia en el ordenamiento costarricense es más una expectativa que una certeza. La primera de ellas es que en Costa Rica la independencia y autonomía del juzgador de instancia permite válidamente discrepar del criterio del superior; también indica el autor que existe dificultad de prever cómo aplicarán la ley los tribunales pertenecientes a jurisdicciones diferentes; asimismo señala que el principio de igualdad en la aplicación de la ley respecto de la jurisprudencia implica que si esta es modificada, tiene que ser debidamente justificada y, por último, indica que la modificación de la jurisprudencia no implica revisar sentencias anteriores basadas en igual criterio porque sería incompatible con la seguridad jurídica.⁷⁴

El autor hace mención de Ricardo Jiménez Oreamuno, expresidente de la República en distintas ocasiones quien, preocupado por la aplicación mecánica del derecho, decía que la jurisprudencia “es el trillo por donde pasan los jueces perezosos”. El autor considera que lo anterior

es una forma muy gráfica de presentar lo que ha sido llamado por Herrera Carbuccia “seguidismo”, “falta de análisis” o “reflexión” por parte de

⁷⁴ “La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Algunas particularidades en el Derecho del Trabajo,” Van der Laat Echeverría, Bernardo, Poder Judicial de la República de Costa Rica, Accedido el 15 de julio de 2020, https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N5/contenido/PDFs/4.pdf, 4.

los tribunales inferiores que no hacen un análisis adecuado de la situación anterior limitándose a buscar “semejanzas o igualdades”.⁷⁵

Lo anterior constituye una crítica a la forma en la que muchos jueces resuelven los casos sometidos a su conocimiento, pues se guían por la jurisprudencia sin desarrollar un análisis individual. En este sentido, es importante diferenciar el papel que tiene la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y los precedentes y la jurisprudencia de la Sala Constitucional. La Licda. Tatiana Rodríguez manifiesta al respecto que existe “... una jurisprudencia obligatoria que es la de Sala Constitucional y la otra que es más de información, que establecen un lineamiento de temas en específico, dictada por los Tribunales de este país...”⁷⁶ en referencia a los tribunales colegiados que resuelven en segunda instancia y las Salas Primera, Segunda y Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala Constitucional señala la relevancia jurídica que define si determinado criterio judicial constituye jurisprudencia:

La razón por la cual se hace una diferencia entre la reiteración o no de una determinada interpretación, radica precisamente en que el criterio se haya convertido en jurisprudencia, porque en ese caso, ya no estaríamos frente a una resolución judicial concreta, sino frente a una norma no escrita, recurrible a través de la acción de inconstitucionalidad.⁷⁷

⁷⁵ *Ibíd.*, 5, 6.

⁷⁶ Badilla Mora y Barrantes Mena., 79, 80.

⁷⁷ “Voto 0185 – 1995 de las dieciséis horas treinta y cinco minutos del diez de enero del 1995,” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Accesado el 15 de julio de 2020, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81393> , párrafo 6.

Dicho voto constitucional reconoce a la jurisprudencia como objeto de control constitucional en los casos en que determinada tendencia de los tribunales de justicia sea contraria a la carta fundamental, siempre y cuando se demuestre efectivamente la reiteración de los precedentes en más de tres ocasiones por parte de alguna de las salas de casación o de los tribunales superiores, a manera de fuente no escrita del ordenamiento. De ahí la importancia en la reiteración del criterio emanado de los máximos tribunales costarricenses, pues al convertirse en jurisprudencia se torna en una fuente no escrita del derecho, lo cual, a su vez, la hace susceptible del control de constitucionalidad.

3.2.2. Sentencias de la Vía Administrativa en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares

El voto más antiguo del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares al que se tuvo acceso por medio de la página web del Poder Judicial de nuestro país (<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/>), es la sentencia 854-2005 del Tribunal Agrario, la cual señala:

(...) el Ministerio del Ambiente y Energía rechazó el recurso de apelación presentado por el señor (...), confirmando la resolución del Inspector Cantonal de Aguas, dándose por agotada la vía administrativa por parte del Ministro del Ambiente y Energía (folios 8 y 9). Partiendo de lo anterior es claro no hay vía que agotar como lo indica el recurrente, por lo tanto es procedente el conocimiento de este asunto en la vía declarativa tal

y como lo prevé los ordinales 209 y 210 de la Ley de Aguas de ahí si se era competente para conocer de este asunto en la vía declarativa. ⁷⁸

El voto 984-2005 estima que, pese a que el artículo 209 de la Ley de Aguas deja abierta la posibilidad de ir directamente a la jurisdicción común a plantear la discusión de derechos entre privados

(...) es necesario realizar una interpretación sistemática de toda la normativa anteriormente mencionada, porque el Capítulo XII, establece el procedimiento administrativo, ante el Inspector Cantonal de Aguas, aunque el conflicto se dé únicamente entre particulares y no esté involucrado un problema de concesión. Ello se desprende del contenido de los artículos 186 y 187 de la misma Ley, que le otorga al Inspector Cantonal de Aguas un rol preventivo y conciliador (...). De ese modo, el agotamiento de la vía administrativa ante el Inspector Cantonal de Aguas, resulta obligatoria en todos los casos. ⁷⁹

En este mismo sentido resuelve el voto 1067-2005, el cual repite el párrafo recién transcrito y cambia la última oración donde dice “en todos los casos” por la frase: “*en caso de una pretensión de servidumbre de agua*”. ⁸⁰

El voto 881-2006 del Tribunal Agrario indica:

⁷⁸ “Voto 854-05 de las trece horas dos minutos del veintiocho de octubre del dos mil cinco,” Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-322607> , párrafo 6.

⁷⁹ “Voto 984-2005 de las diez horas treinta minutos del veintinueve de noviembre del dos mil cinco,” Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-326220> , párrafo 9.

⁸⁰ “Voto 1067-2005 de las catorce horas dieciséis minutos del veintidós de diciembre de dos mil cinco,” Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-327104> , párrafo 3.

*En este caso lo que se pide es la creación de una servidumbre de aguas y el tema no es de conocimiento de esta jurisdicción de conformidad con el ordinal 186 de la Ley de Aguas, el cual establece (...) razón por la cual ha de acogerse la inhibitoria decretada por el Juzgado Agrario del Segundo Circuito Judicial de Alajuela y remitir al actor a la vía administrativa correspondiente a plantear sus reclamos sobre el tema de aguas.*⁸¹

El segundo considerando del voto 006-2007 del Tribunal Agrario repite el voto 984-2005 transcrito líneas atrás, modificando nuevamente la última frase para que en este caso se lea “... resulta obligatoria en caso de una pretensión de servidumbre de agua” en vez de “... resulta obligatoria en todos los casos”. A pesar de lo anterior, el tercer considerando del voto 06-2007 concluye que se trata de un conflicto eminentemente agrario, razón por la cual ordena continuar con el conocimiento del proceso en sede judicial.⁸²

El Voto 293-10 de la sección segunda del Tribunal Segundo Civil de San José, indica al referirse al artículo 209 de la Ley de Aguas que

esta norma (...) no resulta aplicable a este proceso porque lo planteado en la demanda es un problema eminentemente de naturaleza civil (la constitución de una servidumbre relativa a una toma de agua, dos tanques y una cañería) por un supuesto acuerdo y por la utilización de esta por más

⁸¹ “Voto 881-2006 de las once horas tres minutos del treinta y uno de agosto del dos mil seis,” Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-354641> , párrafo 2.

⁸² “Voto 006-2007 de las nueve horas cuarenta y ocho minutos del once de enero del dos mil siete,” Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-366372> , párrafo 4.

*de diez años, conforme a los artículos 378 y 380 del Código Civil. No se discuten los derechos específicos respecto del agua, tales como la posesión provisional o definitiva de aguas públicas, la titularidad del derecho a utilizarlas o su reivindicación, ni tampoco está a la base de la demanda la existencia de una concesión administrativa. Por estos motivos, ha de revocarse el auto sentencia apelado, para en su lugar, ordenar que se continúe con el proceso conforme legalmente corresponda.*⁸³

El Voto 659-2011 del Tribunal Agrario retoma el párrafo del Voto 1067-2005 transcrito anteriormente, aunque lo modifica nuevamente al añadir que

*(...) tal obligatoriedad de agotamiento de vía administrativa ha sido declarada inconstitucional, de allí en cuanto a este tema haya variado este Tribunal su criterio por cambio de las circunstancias en cuanto a la normativa aplicable relacionada con la obligatoriedad de agotamiento de vía administrativa.*⁸⁴

El voto N.º 0159- 12 del Tribunal Agrario a las diez horas quince minutos del quince de febrero de dos mil doce, indica:

No resulta aplicable lo dispuesto en el numeral 209 de la Ley referida, en primer lugar debe recordarse que la Sala Constitucional dispuso en su voto 3669-2006 del 15 de marzo del 2006, la inconstitucionalidad del carácter

⁸³ "Voto 293-10 de las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil diez," Tribunal Segundo Civil, Sección II, de la República de Costa Rica, Accesado el 18 de junio de 2020, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-498907> , párrafo 4.

⁸⁴ "Voto -659-2011 de las a las diez horas tres minutos del treinta de junio de dos mil once," Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-518323> , párrafo 3.

*preceptivo del agotamiento de la vía administrativa... En concordancia con lo anterior, el numeral 187 de la Ley referida, establece que el accionar del Inspector Cantonal de Aguas "podrá pedirse y deberá otorgarse aun cuando hubiere juicio pendiente, o en el mismo momento se instituyere, ante la justicia ordinaria, acerca de las mismas diferencias sobre las cuales se solicite la decisión administrativa del Inspector" Por consiguiente, es evidente la propia normativa de aguas establece que la vía ante el Inspector Cantonal de Aguas se trata de un agotamiento facultativo y no obligatorio.*⁸⁵

Se indica en el considerando II del voto 66-2013 del mismo despacho:

*Por otra parte, en cuanto al procedimiento establecido por el legislador, la ley especial contempla dos tipos de la Paula Sociedad Anónima corresponde a la finca inscrita en el Registro Público [sic] (...) Por su parte, el inmueble de la demandada (...) naturaleza terreno de agricultura (...) mismo que fue adjudicado por el Instituto de Desarrollo Agrario y que cuenta con las reservas de la Ley de Aguas (ver certificación registral a folio 3). De lo anterior, se desprende de la causa que origina el proceso, de la naturaleza y extensión de los terrenos, que el presente proceso corresponde al conocimiento de los juzgados agrarios.*⁸⁶

⁸⁵ "Voto 159-2012 de las diez horas quince minutos del quince de febrero de dos mil doce," Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-535603> , párrafo 5.

⁸⁶ "Voto 66-2013 de las trece horas y cuarenta y siete minutos del veintinueve de enero de dos mil trece," Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 17 de setiembre de 2019, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-586906> , párrafo 3.

El voto 703-2015 del Tribunal Agrario confirma la sentencia recurrida entre otras razones porque el Juzgado de instancia en una resolución posterior, emitida a las once horas y veintidós minutos del cuatro de junio del dos mil trece, rechazó la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y resolvió:

*Al respecto, cabe señalar la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en voto N.º 3669- 2006, ya se ha pronunciado sobre la inconstitucionalidad de exigir a las partes acudir a agotar la vía administrativa, como requisito previo a acudir a la vía jurisdiccional, excepto en los casos que la propia Constitución lo indique (tal es el caso de la materia municipal y de la contratación administrativa). Además, en votos posteriores a la referida jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional, en un caso muy similar, también referido a la constitución de una servidumbre de aguas, el Tribunal Agrario consideró que tal agotamiento es facultativo, dado que incluso la misma Ley de Aguas, artículo 205, remite a las partes a dirimir sus conflictos en la vía jurisdiccional (Voto 1565-F-12 de las nueve horas treinta y siete minutos del diecinueve de diciembre del dos mil doce)”. En razón de lo anterior, se rechaza la excepción interpuesta (artículo 42 Ley de la Jurisdicción Agraria)”. resolución que se encuentra firme y dejó sin efecto lo ordenado en la resolución del trece de agosto del dos mil doce. Producto de lo anterior no se aprecia si existe incumplimiento alguno.*⁸⁷

⁸⁷ “Voto 703-2015 de las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del veintiuno de julio de dos mil quince,” Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, Accesado el 2 de noviembre de 2020, <https://nexuspi.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-649100> , párrafo 3.

En más de tres sentencias el Tribunal Agrario declaró el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares como preceptivo, por lo que se puede afirmar que este criterio efectivamente constituye jurisprudencia. Recientemente, a partir de la sentencia 006-2007, el Tribunal Agrario cambió de criterio y ahora considera el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas como facultativo, lo cual también se trata de un criterio reiterado en más de tres ocasiones por el Tribunal Agrario, así como en una sentencia del Tribunal Civil, razón por la cual se puede afirmar que también constituye jurisprudencia y, por tanto, eventual objeto de control de constitucionalidad.

Este cambio de criterio es motivado tanto por la fuerza vinculante del Voto Constitucional 3669-2006, como por una variación en la apreciación que hacen los Tribunales de la Ley de Aguas de 1942. Los Votos 659-2011, el 159- 12 y el 703-2015 del Tribunal Agrario, fundamentan su veredicto total o parcialmente en el hecho de que el agotamiento perceptivo de la vía administrativa es inconstitucional en virtud de lo establecido en el voto 3669-2006 de la Sala Constitucional. Por otro lado, los votos 293-10 del Tribunal Segundo Civil, 0159- 12 y 703-2015 del Tribunal Agrario, argumentan total o parcialmente que no es posible desprender de la Ley de Aguas que el agotamiento de la vía administrativa sea preceptivo.

Se excluye del estudio la sentencia 066- 2013 del Tribunal Agrario debido a que un grave error en la redacción impide conocer la fundamentación del voto, lo mismo que la sentencia 006-2007 del mismo tribunal, ya que, a pesar de que su considerando estipula la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa en

conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, admite su conocimiento en sede judicial argumentando que el fundo es de vocación agrícola.

4. Capítulo III: Análisis de la Jurisprudencia y la Legislación costarricense en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares

El cambio de criterio en la jurisprudencia del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas claramente contrasta con lo estipulado por la Ley de Aguas y la Sala Constitucional para los agotamientos de la vía administrativa en conflictos suscitados entre particulares, lo cual conlleva a crear una inseguridad jurídica respecto a la normativa procesal.

La inseguridad jurídica se define desde dos perspectivas, una objetiva la cual es la “garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos, o que si estos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad protección y reparación”.⁸⁸ Por su parte el aspecto subjetivo consiste en que “la persona jurídica conocedora de sus obligaciones y derechos, actúa en la sociedad perfectamente segura de cuáles habrán de ser las consecuencias que se derivan de las acciones”.⁸⁹

Consecuentemente, en el caso que nos ocupa, se afecta la seguridad jurídica subjetiva, llamada también certeza jurídica, toda vez que, a pesar de que la ley establece cuál es el procedimiento por seguir en casos de conflictos por

⁸⁸ “La Seguridad Jurídica,” Centro de Investigación Jurídica en Línea, accesado el 1 de junio de 2021, <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=Njl4> , página 16.

⁸⁹ Ibid.

aprovechamiento de aguas entre particulares, la jurisprudencia parece derogar dichas leyes, creando la expectativa de que tal situación sea reiterada al plantear el conflicto.

Dado que la jurisprudencia actual del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas genera inseguridad jurídica, vale preguntarse en esta etapa del estudio si se ajusta al bloque de constitucionalidad, compuesto por los precedentes constitucionales, así como al marco jurídico, consistente en la Ley de Aguas y Ley de Jurisdicción Agraria o Código Procesal Civil, según sea el caso.

En consecuencia y para responder lo anterior, se contrastan ambos criterios con los votos constitucionales que delimitan la aplicación de la vía administrativa en nuestro país a fin de determinar si alguno es incompatible con la Carta Magna. Seguidamente, se desarrolla un análisis histórico, sistemático y gramatical de la Ley de Aguas a fin de verificar si su contenido establece que el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas es preceptivo. Por último, se analizan las leyes que puedan modificar el marco normativo del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas.

4.1. Sección Única: Análisis de la Jurisprudencia y la Legislación Costarricense respecto a los Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares

En esta sección corresponde efectuar un profundo análisis de la *ratio decidendi* y el *obiter dicta* de las sentencias de los más altos tribunales

costarricenses en la vía administrativa de los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, así como de la legislación pertinente y sus modificaciones.

4.1.1. La Jurisprudencia Costarricense en Conflictos por Aprovechamiento de Aguas entre Particulares a la luz de los Votos 3669-06 y 01574-2008 de la Sala Constitucional

Los Votos 659-2011, el 159- 12 y el 703-2015 del Tribunal Agrario fundamentan el cambio de criterio en la jurisprudencia del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, en que lo estipulado en el Capítulo XII Ley de Aguas es inconstitucional, por guardar una conexión o consecuencia lógica con lo dispuesto en el Voto 3669-2006 de la Sala Constitucional (artículo 89 de la Ley de Jurisdicción Constitucional)⁹⁰.

El Voto 3669-06 de las quince horas del quince de marzo del dos mil seis, corresponde a una consulta judicial de constitucionalidad de los artículos 31, párrafo 1°, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (No. 3667 del 12 de marzo de 1966), la cual establece que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa es condición de admisibilidad de un proceso ordinario ante la jurisdicción contencioso administrativa y 21, párrafo 1°, inciso a), “en el tanto se dispone que el acto consentido tácitamente, por no haber sido recurrido en tiempo y forma determinará la inadmisibilidad de la acción contencioso-administrativa”, formulada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José.⁹¹

⁹⁰ Procuraduría General de la República de Costa Rica, *Ley de Jurisdicción Constitucional*, artículo 89.

⁹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo del dos mil seis.

Indica el considerando IV que, en el proceso contencioso administrativo, el agotamiento de la vía administrativa es el deber del administrado de agotar todos los recursos ordinarios procedentes en sede administrativa contra el acto que, presuntamente, lesiona un derecho previo a acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa. De acuerdo con el voto, esta imposición se basa en el principio de autotutela declarativa y ejecutiva de las administraciones públicas, el cual implica la posibilidad que tienen los entes públicos de imponerles obligaciones a los administrados o bien suprimirles o modificarles sus situaciones jurídicas sustanciales sin necesidad de acudir ante un juez. Asimismo brinda una definición del concepto de heterotutela, a la cual se describe como la tutela "... ejercida por un tercero supra partes con las garantías constitucionales de imparcialidad, independencia y objetividad, como lo es un órgano jurisdiccional".

Voto 3669-2006 Sala Constitucional

La *ratio decidendi* de este voto está constituida por dos argumentos, los cuales se examinan separadamente a continuación.

Igualdad de Partes

De acuerdo con este voto hay dos situaciones que infringen el artículo 33 de la Constitución Política, el cual preceptúa la igualdad ante la ley.⁹² La primera de ellas es inherente a la autotutela ejercida por la administración pública en el agotamiento de la vía administrativa, esto, por cuanto, al resolver ella las

⁹² "Constitución Política de la República de Costa Rica", Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accedido el 7 de marzo de 2021, https://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=871, artículo 33.

impugnaciones contra los actos que ella misma dicte, como se ha mencionado reiteradamente, se constituye en sujeto procesal y ente decisor a la vez, colocando al administrado en una posición procesalmente desventajosa.

En este sentido la Sala Constitucional indica que las administraciones públicas deben ser entendidas como un sujeto más del derecho, de manera que es incompatible con el derecho de la Constitución **la desigualdad que prevalece en el proceso contencioso-administrativo entre el administrado y la entidad pública**, pues el reconocimiento que hace la ley de una serie de facultades a las administraciones públicas no obedece a una razón objetiva y razonable.⁹³

Al respecto se hace énfasis en que la desigualdad que existe entre las partes se debe a que la entidad pública tiene dos posiciones antagónicas dentro del proceso, parte impugnada y juez, situación que se disuelve si la administración es juzgada por un tercero (libre acceso a tribunales de justicia) o si se trata de dos particulares que son juzgadas por una instancia administrativa.

Adicionalmente los magistrados agregan que la infracción a la igualdad ante la ley deviene del hecho de que solo en el proceso contencioso administrativo se obliga al justiciable a agotar los procedimientos administrativos antes de accionar judicialmente; sin embargo, la existencia del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares y en conflictos por posesión de tierras entre el propietario registral de un terreno y el poseedor en precario ante el Instituto de Desarrollo Rural, sumado a la posterior declaratoria de

⁹³ Ibid.

constitucionalidad de este último, contradicen e invalidan este argumento, pues implica que sí existen otros conflictos fuera del proceso contencioso administrativo en los cuales también se obligue a los justiciables a agotar la vía administrativa.

De lo anterior, se puede extraer que el agotamiento preceptivo de la vía administrativa no infringe *per se* el derecho constitucional de igualdad ante la ley, sino que su infracción se concreta cuando la administración pública impugnada se encarga de resolver el conflicto, es decir, cuando el ente de la administración pública encargado de resolver el conflicto se convierte dentro de un mismo proceso administrativo en juez y parte.

Justicia pronta y cumplida

El otro argumento que conduce a la Sala Constitucional a considerar inconstitucionales los artículos impugnados es la consideración de que el agotamiento de la vía administrativa infringe el derecho de los administrados a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional), pues muchas veces el administrado no logra que el propio órgano o su superior modifique el acto, adicionalmente el proceso se prolonga más allá de los plazos legales, lo cual, sumado a la duración del proceso contencioso administrativo, podría provocar una justicia tardía.

Al respecto el voto salvado de este precedente constitucional considera que no es imputable a la vía administrativa tal infracción al derecho a una justicia pronta y cumplida, ya que las partes también incurrir en dilaciones con el fin de evitar el dictado del acto final. En este sentido el voto salvado manifiesta:

*(...) el recurso de amparo, a través de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ha servido en gran medida para regularizar el funcionamiento de las diferentes administraciones públicas, si bien analizando caso por caso y sin llegar a la constitucionalización de plazos...".*⁹⁴

Con el fin de verificar lo anterior los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, se procedió a hacer una revisión de los expedientes disponibles con el objetivo de comparar la duración del proceso administrativo y del judicial en cada caso. Los expedientes administrativos pertenecen a los casos en los cuales el agotamiento de la vía administrativa fue declarado obligatorio, es decir, las sentencias 854-2005, 984-2005, 1067-2005 y 881-2006, algunos de cuales no son accesibles dado que fueron destruidos (ver constancias).

A pesar de la evidente limitante en cuanto a que no se puede acceder a la mitad de los expedientes, respecto a la otra mitad se puede decir, en términos generales, que en el caso de los conflictos por aprovechamiento de agua entre particulares, no es imputable a la administración pública la obstaculización del derecho de acceso a una justicia pronta y cumplida, ya que en el expediente número 00-160004-0638-AG, correspondiente al Voto 854-2005, la participación del inspector de aguas y el Departamento de Aguas fue oportuna y expedita en comparación a la judicial, pues esta tardó de marzo del año 2000 hasta junio de 2011, entre el traslado de la demanda y el archivo del expediente, y en el expediente número 04-000035-0699-AG, correspondiente al voto 1067-2005, las partes

⁹⁴ Ibid.

interponen el proceso en vía judicial sin agotar previamente la vía administrativa, el proceso llega a una sentencia que es apelada y el Tribunal Agrario remite a las partes a agotar la vía administrativa, lo cual no se lleva a cabo y se archiva.

Lo anterior demuestra que no es imputable a la administración pública la infracción al derecho de los administrados de acceder a una justicia pronta y cumplida en los casos por conflictos por aprovechamiento de agua entre particulares, dado que esta deviene, en mayor medida, de los propios tribunales de justicia o por una intervención inoportuna de las partes.

Voto 1574-2008 Sala Constitucional

El otro precedente constitucional que existe en relación con el agotamiento de la vía administrativa en Costa Rica es el Voto 1574-2008 de las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de dos mil ocho, el cual corresponde a una consulta judicial facultativa formulada por el Juzgado Agrario del I Circuito Judicial de Alajuela de los artículos 94, párrafo segundo, de la Ley de Tierras y Colonización y el artículo 44, inciso d), de la Ley de la Jurisdicción Agraria,⁹⁵ los cuales disponen:

Artículo 94 de la Ley de Tierras y Colonización, párrafo segundo:
“Previamente al establecimiento de una acción judicial cualquiera en que pueda estar comprendido un problema de posesión precaria de tierras, los propietarios

⁹⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “ Voto 1574-2008 de las las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de dos mil ocho”.

deberán presentar su reclamo ante el Instituto, conforme a los procedimientos mencionados en este Capítulo”.⁹⁶

Artículo 44 inciso d) de la Ley de Jurisdicción Agraria:

Las siguientes serán admisibles como defensas previas y deberán presentarse en el momento de contestar la demanda, o en el momento de la réplica, salvo la de cosa juzgada, que podrá presentarse en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia definitiva:

(...)

a) *La falta de agotamiento de la vía administrativa”.*⁹⁷

En este caso, el Tribunal concluye que ni los *obiter dicta* ni la *ratio decidendi* del Voto 3669-2006 alcanzan a derogar las normas impugnadas porque la intervención del Instituto de Desarrollo Agrario:

(...) como un tercero ajeno a la posición de las partes en conflicto, es para dirimir un conflicto entre el poseedor en precario y el propietario registral, con lo cual asume una clara posición arbitral o mediadora (heterotutela administrativa) que resulta completamente diferente a la que tradicionalmente tienen las administraciones públicas en los procedimientos

⁹⁶ Ley No. 278 de Tierras y Colonización, República de Costa Rica, Accesado el 2 de noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=32840 , artículo 94.

⁹⁷ “Ley de Jurisdicción Agraria,” Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 02 de noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2107&nValor3=90657&strTipM=TC , artículo 44.

administrativos lineales, esto es, concomitantemente, la de parte interesada y encargada de resolver el conflicto (autotutela administrativa). ⁹⁸

En este caso, únicamente este argumento constituye la *ratio decidendi* del voto, el cual, acertadamente, se distancia de la autotutela administrativa, cuya constitucionalidad es analizada y rechazada en el voto 3669-2006, para dar lugar a un análisis constitucional de la heterotutela administrativa, cuya diferencia con el agotamiento anterior es que en este caso la administración pública ocupa una posición imparcial en el conflicto como árbitro o mediadora, lo cual, a su vez, es lo que mantiene la armonía entre la Constitución Política y este agotamiento preceptivo de la vía administrativa. De ahí que también se puede afirmar que ambos precedentes son complementarios y delimitan la aplicación de la vía administrativa en territorio nacional a causa de su fuerza vinculatoria *erga omnes*.

La jurisprudencia reciente de los tribunales costarricenses no se ajusta a lo dispuesto por la Sala Constitucional en sus precedentes, debido a que no existe una vinculación del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, que le corresponde resolver al MINAE por medio del inspector o la Dirección de Aguas, con el voto 3669-2006 de la Sala Constitucional, pues las partes gozan de igualdad ante la ley, durante el proceso y la administración pública actúa como árbitro o mediadora. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Agrario debe ajustarse al voto 1574-2008 de la Sala Constitucional, donde el Instituto de Desarrollo Agrario interviene como juez o árbitro

⁹⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “ Voto 1574-2008 de las las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de dos mil ocho”.

en conflictos por posesión de tierras entre el poseedor en precario y el propietario registral y no como parte interesada en el conflicto.

Lo anterior permite reafirmar la constitucionalidad de la normativa que exige rechazar el conocimiento de la acción judicial cuando no se haya cumplido el requisito de agotamiento de la vía administrativa ante el inspector y la Dirección de Aguas en conflictos por aprovechamiento de ese recurso entre particulares, la cual subsiste como un medio alternativo de solución de conflictos (artículo 43 Constitucional).⁹⁹ En este sentido, y aunque las sentencias son anteriores, el antiguo criterio de la jurisprudencia del Tribunal Agrario es más ajustado a los votos constitucionales, ya que consideraba constitucional el agotamiento preceptivo de la vía administrativa en casos donde la intervención estatal no tutelara sus propios intereses.

4.1.2. Análisis de la Ley de Aguas de 1942

Los criterios de la jurisprudencia costarricense no solo se diferencian en aspectos constitucionales, sino también en los legales. El antiguo criterio de la jurisprudencia costarricense estima que la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas es obligatoria debido a que así se desprende de una interpretación sistemática la Ley de Aguas, pues el Capítulo XII establece el procedimiento administrativo, aunque el conflicto se dé únicamente entre particulares y no esté involucrado un problema de concesión de acuerdo con los

⁹⁹ “Constitución Política de la República de Costa Rica”, Procuraduría General de la República de Costa Rica, artículo 43.

artículos 186 y 187 de la misma ley. Este criterio está presente en los Votos 984-2005, 881-2006 y 1067-2005 del Tribunal Agrario.

Algunos votos de la jurisprudencia que declara facultativo el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares fundamentan su veredicto, al menos en parte, en una interpretación de la Ley de Aguas según la cual esta normativa no establece este procedimiento como preceptivo. Dicho criterio fue exteriorizado en al menos tres sentencias: El Voto 293-10 del Tribunal Segundo Civil estima que el artículo 209 de la Ley de Aguas

no resulta aplicable a este proceso porque lo planteado en la demanda es un problema eminentemente de naturaleza civil (...) No se discuten los derechos específicos respecto del agua, tales como la posesión provisional o definitiva de aguas públicas, la titularidad del derecho a utilizarlas o su reivindicación, ni tampoco está a la base de la demanda la existencia de una concesión administrativa”¹⁰⁰

Motivo por el cual revoca el auto sentencia apelado.

Lo mismo sucede en el Voto 0159- 12 del Tribunal Agrario, el cual considera que el numeral 209 de la Ley de Aguas no es aplicable por cuanto la propia normativa de aguas establece que la vía ante el Inspector Cantonal de Aguas se trata de un agotamiento facultativo y no obligatorio, lo cual, según el voto, es concordante con el numeral 187 de la misma ley, puesto que este indica que el accionar del Inspector Cantonal de Aguas “podrá pedirse y deberá otorgarse aun

¹⁰⁰ "Voto 293-10 de las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil diez.", Tribunal Segundo Civil, Sección II, de la República de Costa Rica

cuando hubiere juicio pendiente, o en el mismo momento se instituyere, ante la justicia ordinaria, acerca de las mismas diferencias sobre las cuales se solicite la decisión administrativa del Inspector”.¹⁰¹

Por último, el Voto 703-2015 del Tribunal Agrario confirma la resolución recurrida en virtud de que

*(...) en un caso muy similar, también referido a la constitución de una servidumbre de aguas, el Tribunal Agrario consideró que tal agotamiento es facultativo, dado que incluso la misma Ley de Aguas, artículo 205, remite a las partes a dirimir sus conflictos en la vía jurisdiccional.*¹⁰²

Es importante recordar en este punto que la primera regulación de aguas en Costa Rica fue la Ley de Aguas N.º XI del 26 de mayo de 1884, la cual establece aguas pertenecientes a particulares, municipalidades, provincias y del Estado (artículo 13). Para las aguas declaradas del dominio público se estableció el sistema de concesiones y para las demás, reglas sobre la manera y prioridades de uso, también reguló las servidumbres de aguas. No existe en esta ley ninguna disposición de protección, manejo, ni conservación de los recursos hídricos, ni recursos conexos, tales como árboles o bosques. Toda la valoración del recurso va enfocada a su aprovechamiento, a obras de defensa, accesiones y desecación de

¹⁰¹ Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, "Voto 159-2012 de las diez horas quince minutos del quince de febrero de dos mil doce".

¹⁰² Tribunal Agrario de la República de Costa Rica, "Voto 703-2015 de las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del veintiuno de julio de dos mil quince".

terrenos, tampoco existen normas sobre contaminación o disposición de aguas residuales.¹⁰³

En este momento rige la Carta Fundamental de 1871, la Corte Suprema de Justicia estaba dividida en dos Salas bajo la responsabilidad de un presidente, siete magistrados y un Fiscal ¹⁰⁴ y mediante el decreto XXXIII del 27 de diciembre de 1887 se introduce el agotamiento de vía administrativa en el ordenamiento nacional. Es en ese contexto se crea la Ley de Inspección Cantonal de Aguas, cuyas actas legislativas manifiestan:

El establecimiento de nuevos caseríos o la ampliación de los existentes en nuestros distritos rurales, ponen cada día más de manifiesto, la defectuosa distribución de las aguas para consumo público, para el riego o para usos industriales, agravada sobre todo, en la estación seca, por la merma general de ese elemento.

El mal reparto de las aguas da lugar a frecuentes discusiones y conflictos sobre preferencia al uso y aprovechamiento de estas, las cuales a veces culminan en encuentros personales de fatales consecuencias, y para cuya resolución se acude a solicitar la intervención del Poder Ejecutivo.

Como no existe una disposición legal que invista al Poder Ejecutivo con la autoridad necesaria para dirimir de manera eficaz estas contiendas; y, como, por otro lado, según el Código Civil (artículo 263) el conocimiento de asuntos de esa

¹⁰³ Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía , “Primeros 100 años del Marco Legal Costarricense sobre Recursos Hídricos 1884-1984,” 10.

¹⁰⁴ “Historia, Organización y Funcionamiento,” Poder Judicial de la República de Costa Rica, Accedido el 4 de Noviembre de 2020, <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/historia-organizacion-funcionamiento> , párrafos 8 y 9.

índole incumbe a los tribunales civiles de justicia. Es claro que la injerencia del gobierno en la materia es puramente conciliatoria y preventiva, de cuyo modo, las más de las veces solo se consigue aplazar la definitiva solución de las dificultades, manteniéndose, mientras tanto, un estado de peligrosa intranquilidad entre dos o más vecinos, o entre dos o más grupos de individuos interesados.

Tales circunstancias han hecho pensar al Poder Ejecutivo en la necesidad de instituir una jurisdicción especialmente encargada de decidir en forma administrativa y preventiva, las discusiones de esa índole que se susciten, entre tanto los tribunales dictan el fallo que corresponda conforme a las leyes civiles (...).¹⁰⁵

El 6 de setiembre 1937, se aprueba una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial y se estableció por primera vez la división de la Corte Suprema de Justicia en una Sala de Casación Civil y otra Penal; y se pasa de 9 a 11 el número de magistrados. En 1940 la Corte se reorganiza nuevamente, al contar con cuatro salas de apelación, dos civiles y dos penales, y una sala de casación.¹⁰⁶ Finalmente, se crea en 1942 la Ley de Aguas vigente, la cual incorpora en su contenido la Ley de Inspección Cantonal de Aguas de 1923 en su capítulo XII.¹⁰⁷

Debido a lo anterior, se puede inferir que es errónea la interpretación de la jurisprudencia reciente del Tribunal Agrario y tribunales civiles de la Ley de Aguas de 1942, ya que esta incluye dentro de su contenido lo dispuesto en la Ley de Inspección Cantonal de Aguas de 1923, para resolver los conflictos por

¹⁰⁵ Archivo Nacional de la República de Costa Rica, Documento N.º15 de la Asamblea Legislativa, 1923, 1 y 2.

¹⁰⁶ Poder Judicial de la República de Costa Rica, "Historia, Organización y Funcionamiento.", párrafo 11.

¹⁰⁷ Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía, "Primeros 100 años del Marco Legal Costarricense sobre Recursos Hídricos 1884-1984", 14.

aprovechamiento de aguas entre particulares, la cual establece un procedimiento administrativo obligatorio dada la incapacidad del Poder Judicial de resolver estos procesos con la brevedad requerida para mantener la paz social, según se desprende de las actas legislativas, lo cual deja claro el sentido del contenido de la Ley de Aguas a pesar de que hoy, casi 80 años después, la literalidad de la norma pueda parecer confusa o arcaica.

El desconocimiento de lo anterior ha llevado a una mala interpretación del artículo 209 de la Ley de Aguas en algunos votos, ejemplo de ello es la sentencia 293-2010 del Tribunal Segundo Civil, al estimar que dicha norma no es aplicable a un proceso de servidumbres porque este es un proceso de materia eminentemente civil, resolviendo, en consecuencia, que el proceso es de conocimiento del juzgado civil sin haber agotado el procedimiento administrativo ante el inspector de aguas, conforme a lo establecido en los artículos de esta ley, la cual establece que la forma de constituir servidumbres entre particulares corresponde al Inspector y la Dirección de Aguas del MINAE y posteriormente, en caso de disconformidad, a la autoridad judicial.

Así se confirma no solo la constitucionalidad sino también la legalidad de la antigua jurisprudencia del Tribunal Agrario en cuanto indica que la Ley de Aguas establece que el procedimiento ante el Inspector y el Departamento de Aguas es obligatorio de acuerdo con una interpretación sistemática de esta.

4.1.3. Análisis de las posibles reformas a la legislación del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares

En materia procesal agraria existe una ley aprobada, el Código Agrario, el cual sustituirá a la Ley de Jurisdicción Agraria; sin embargo, su vigencia se ha aplazado en varias ocasiones, la última de ellas, mediante la ley número 9944 del 3 de febrero del 2021, que pospone su vigencia al 28 de febrero del 2023.¹⁰⁸

Esta reforma no afecta en manera alguna el estado actual del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas, pues al igual que la Ley de Jurisdicción Agraria, establece el agotamiento de la vía administrativa como una excepción procesal en el inciso 2 del artículo 105 del Código Agrario.¹⁰⁹

Por otro lado, el 14 de enero del 2021 se archivó en la Asamblea Legislativa el expediente número 20212, proyecto de ley número 17742, denominado Ley para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico.¹¹⁰ Este proyecto, en su artículo 7, otorgaba a la Dirección Nacional del Agua, como un órgano técnico adscrito al Ministerio del Ambiente y Energía, personería jurídica instrumental para administrar el patrimonio hídrico, sus resoluciones, dice la norma, tienen recurso de revocatoria y apelación, el cual conocerá el Ministro de Ambiente y Energía. En cuanto a los

¹⁰⁸ "Reforma Del Segundo Párrafo Del Transitorio VI De La Ley 9609, Código Procesal Agrario, De 27 De Setiembre De 2018," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 3 de marzo de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=93601, artículo único.

¹⁰⁹ "Código Procesal Agrario," Procuraduría General de la República de Costa Rica, Accesado el 8 de noviembre de 2020, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88308&nValor3=115321&strTipM=TC, artículo 105.

¹¹⁰ Asamblea Legislativa de Costa Rica, Consulta de Expedientes Legislativos, Accesado el 4 de marzo de 2021, http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_informacion/Consultas_SIL/SitePages/ConsultaProyectos.aspx.

inspectores de aguas el artículo 10 les otorga autoridad de policía para el fiel cumplimiento de las obligaciones de la Dirección de Aguas establecidas en el artículo 8, dentro de las cuales no se incluye la resolución en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, por lo cual este proyecto no contemplaba este procedimiento administrativo y con ello, de haberse aprobado la ley, los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares pasaban a ser competencia exclusiva de los tribunales de justicia.¹¹¹

En este sentido, se recomienda para una eventual reforma de la Ley de Aguas mantener el agotamiento preceptivo de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas, ya que, en primer lugar, se considera que mediar este tipo de conflictos es parte de administrar el recurso hídrico, lo cual es competencia del MINAE. En segundo lugar, porque las funciones de los inspectores de aguas van más allá de una justa y equitativa repartición del agua, pues también intervienen en la protección de sus fuentes, lo cual, a su vez, requiere un conocimiento técnico que podría no encontrarse en sede judicial sin auxilio de peritos.

5. Conclusiones

- Se constató que la jerarquía de la jurisprudencia en Costa Rica varía en función de la entidad emisora: Hay resoluciones administrativas vinculantes para las sujetos pertenecientes a su jurisdicción; las sentencias de los tribunales comunes de mayor jerarquía solo adquieren el carácter de

¹¹¹ "Ley para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico Expediente N. ° 17.742," Asamblea Legislativa de Costa Rica, Accesado el 8 de noviembre de 2020, <http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/17742%20redacci%C3%B3n%20final%202017.pdf> , artículos 7 y 10.

jurisprudencia al cumplir con los requisitos establecidos en la ley y esta no es vinculante para los jueces de grados inferiores, aunque pueden ser objeto de control de constitucionalidad al adquirir tal carácter y, por último, en el caso de las sentencias emitidas por la Sala Constitucional, estas gozan de efectos vinculantes *erga omnes*.

- La Sala Constitucional de nuestro país contiene dos precedentes sobre el agotamiento de la vía administrativa, Votos 3669-2006 y 1754-2008, los cuales se complementan entre sí y determinan claramente los límites de la aplicación de esta figura en el ordenamiento nacional, particularmente el segundo de ellos, al aclarar que la vía administrativa no infringe la Carta Magna cuando es ejercida como una manifestación de heterotutela administrativa, es decir, en el momento en que la administración actúa solamente como mediadora (heterotutela administrativa) y no como una parte juzgadora y, al vez, interesada en el conflicto (autotutela administrativa).
- La Sala Constitucional no ha emitido un criterio específico sobre la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, por lo que el análisis de su constitucionalidad debe ser analógico, la jurisprudencia ordinaria, en cambio, sí ha emitido jurisprudencia al declarar tal agotamiento en ambos sentidos, sin embargo, actualmente considera que se trata de un agotamiento facultativo.
- La jurisprudencia costarricense que declara facultativo el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, hace un análisis incompleto de los precedentes constitucionales de la vía administrativa en nuestro país, pues encuadra este agotamiento en

el Voto 3669-2006 constitucional, el cual analiza un agotamiento de la vía administrativa en el ámbito contencioso administrativo, donde la administración es juez y parte interesada (autotutela administrativa), situación que no sucede en los conflictos entre particulares y omite toda referencia al Voto 1754-2006, donde se analiza un conflicto suscitado entre sujetos de derecho privado y donde la participación de la administración es solamente como juez, erigiéndose este mismo en un medio de solución alterna de conflictos, en el cual se respeta el principio constitucional de igualdad ante la ley, acorde con los artículos 33 y 43 de la Constitución Política.

- Además de lo anterior, la jurisprudencia que declara facultativo el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, tampoco se ajusta a lo establecido en la Ley de Aguas, pues según lo consignado en la actas legislativas, la Ley de Inspección Cantonal de Aguas de 1923 se creó con el único fin de crear un agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, cuestión que ya era una realidad en la práctica pero que se formalizó con la ley, lo cual fue recogido en la ley de 1942 vigente hoy día.
- El inspector de aguas es un funcionario cuyas operaciones en un primer momento estaban reservadas a resolver los conflictos entre privados; posteriormente se le agregaron funciones en cuanto al otorgamiento de concesiones en la Ley de Aguas de 1942. El trabajo de campo comprobó que el procedimiento administrativo para la solución de conflictos por

aprovechamiento de aguas entre particulares es, por mucho, más expedito que el judicial en los casos en los cuales se pudieron revisar los expedientes, por eso se considera que las causas que provocaron su emisión siguen vigentes e, incluso, su juicio es más amplio que el de un juez en cuanto a los aspectos técnicos.

- La jurisprudencia que declara facultativo el agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, deroga indebidamente el capítulo XII de la Ley de Aguas, el cual establece la obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares, es decir, deja sin efecto el sesgo centralista con el que fue creada esta ley, pues la vía administrativa constituye un mecanismo mediante el cual el Poder Ejecutivo se reserva para sí el conocimiento de los asuntos que resultan de su interés como lo es la administración del agua.
- El agotamiento de la vía administrativa en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares garantiza el derecho de acceso a una justicia pronta y cumplida, ya que el proceso administrativo, incluyendo el régimen recursivo, es considerablemente más expedito y técnico que el judicial, por lo cual se recomienda su inclusión en cualquier proyecto de reforma al capítulo XII de la Ley de Aguas.

6. Bibliografía:

Archivo Nacional de la República de Costa Rica. Documento N.º15 de la Asamblea Legislativa. 1923.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. “Ley Para la Gestión Integrada del Recurso Hídrico Expediente N.º 17.742”. Accesado el 8 de noviembre de 2020.
<http://www.asamblea.go.cr/sd/Documents/referencia%20y%20prestamos/17742%20redacci%C3%B3n%20final%202017.pdf>

Badilla Mora, Esther y Barrantes Mena, Gustavo. “El principio erga omnes en el derecho constitucional costarricense. Análisis de constitucionalidad”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica. Accesado el 15 de julio de 2020. <https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/El-principio-erga-omnes-en-el-derecho-constitucional-costarricense.-An%C3%A1lisis-de-constitucionalidad.pdf>

Cabanellas de Torres, Guillermo. (2000). Diccionario Jurídico Elemental. 14º ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta

Centro de Investigación Jurídica en Línea. “La Seguridad Jurídica”. Accesado el 1 de junio de 2021. <https://cijulinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NjI4>

Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía. “Primeros 100 años del Marco Legal Costarricense sobre Recursos Hídricos 1884-1984”. Accesado el 27 de julio de 2020. <http://www.da.go.cr/wp->

content/uploads/2016/07/DIRECCION_AGUA_JULIO_2013_ARTICULO_10
0_A%C3%91OS_DEL_MARCO_LEGAL_HIDRICO.pdf

Departamento de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía. “Síntesis Inspector Cantonal de Aguas”. Accesado el 5 de noviembre de 2020.

<http://www.da.go.cr/wp->

content/uploads/2016/07/DIRECCION_AGUA_AGOSTO_2004_SINTESIS_I
NSPECTOR_CANTONAL_DE_AGUA.pdf

Dirección de Aguas del Ministerio de Ambiente y Energía. “Marco Jurídico y Legal”. Accesado el 8 de noviembre de 2020. <http://www.da.go.cr/marco-juridico-y-legal/>

Escola, Héctor Jorge. “Tratado Teórico de los Recursos Administrativos” (1967): 269-270 y Miguel Sánchez Morón. “Discrecionalidad administrativa y control judicial”. (1994). Citados por Ernesto Jinesta Lobo en “Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: La necesidad de su carácter facultativo”. Accesado el 19 de Agosto de 2020.

https://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVO%20DE%20LA%20V%C3%8dA%20ADMINISTRATIVA.PDF

Esquivel Carranza, Máximo. (1980). *El agotamiento de la vía Administrativa*. San José: Universidad de Costa Rica

García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Hernández Valle, Rubén. “La vinculatoriedad de las resoluciones de la Sala Constitucional”. *Revista Judicial* N.º 92 (2009): 20. Accesado el 17 de julio de 2020. <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/images/DocsRevista/revistajudicial92.pdf>

Jinesta Lobo, Ernesto. “Consecuencias de la Inconstitucionalidad del Agotamiento Preceptivo de la Vía Administrativa (Comentarios al Voto N.º 3669-2006 de la Sala Constitucional)”. Accesado el 19 de agosto de 2020. http://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/INCONSTITUCIONALIDAD%20DEL%20AGOTAMIENTO%20PRECEPTIVO%20DE%20LA%20V%C3%8DA%20ADMINISTRATIVA.PDF

Jinesta Lobo, Ernesto. “El agotamiento de la vía administrativa y los recursos administrativos”. Accesado el 19 de agosto de 2020. https://www.ernestojinesta.com/_REVISTAS/AGOTAMIENTO%20DE%20LA%20V%C3%8DA%20ADMINISTRATIVA%20Y%20LOS%20RECURSOS%20ADMINISTRATIVOS.PDF

Murillo, Mauro. “Carácter Vinculante de los Criterios de la Sala Constitucional”. Accesado el 15 de julio de 2020. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13351/12623/>

Orozco Vega, Víctor Eduardo. “La Jurisprudencia Como Fuente Del Derecho: El Caso De Costa Rica”. *Revista Judicial* N.º 120 (2017) 225. Accesado el 10

de setiembre de 2020. https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/revista_120/pdfs/013lajurisprudencia.pdf

Parajeles Vindas, Gerardo. (2010). Código Civil. *Con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad y espacio para anotaciones*. 22° ed. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Parajeles Vindas, Gerardo. (2010). *Código Procesal Civil. Con anotaciones sobre acciones de inconstitucionalidad y espacio para anotaciones en cada artículo*. 22° ed. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Poder Judicial de la República de Costa Rica. “Historia, Organización y Funcionamiento”. Accesado el 4 de Noviembre de 2020. <https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/historia-organizacion-funcionamiento>

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Código Civil”. Accesado el 13 de agosto de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=15437&nValor3=90115&strTipM=TC

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Código Procesal Agrario”. Accesado el 8 de noviembre de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_compl

eto.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=88308&nValor3=115321&str
TipM=TC .

Procuraduría General República de Costa Rica. “Ley de Aguas”. Accesado el 13 de setiembre de 2019.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC¶m2=1&nValor1=1&nValor2=11950&nValor3=91553&strTipM=TC&IResultado=2&nValor4=4&strSelect=sel

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley de Jurisdicción Agraria”. Accesado el 02 de noviembre de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=2107&nValor3=90657&strTipM=TC

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley de Jurisdicción Constitucional”. Accesado el 24 de noviembre de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley de Tierras y Colonización”. Accesado el 2 de noviembre de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=32840

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”. Accesado el 15 de julio de 2020.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=21629&strTipM=TC

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República”. Accesado el 15 de julio de 2020.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38915&nValor3=72452&strTipM=TC

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley Orgánica del Poder Judicial”. Accesado el 17 de julio de 2020.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param2=NRTC&nValor1=1&nValor2=33635&strTipM=TC

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley para ampliar la entrada en vigencia de la Ley 9609, Código Procesal Agrario”. Accesado el 8 de noviembre de 2020.
http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=90664

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Reforma Del Segundo Párrafo Del Transitorio VI De La Ley 9609, Código Procesal Agrario, del 27 de setiembre del 2018”. Accesado el 3 de marzo de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=93601

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Reglamento del Registro Público”. Accesado el 15 de julio de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=55371&nValor3=91931&strTipM=TC

Procuraduría General de República de Costa Rica. “Reglamento Orgánico del Ministerio de Ambiente y Energía”. Accesado el 10 de setiembre de 2020.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=66973

Procuraduría General de la República de Costa Rica. “Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”. Accesado el 12 de setiembre de 2019.

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=7331&nValor3=7854&strTipM=TC

Rodríguez Rodríguez, Libardo. “Explicación Histórica Del Derecho Administrativo”.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Accesado el 22 de setiembre de 2020.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1594/16.pdf>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 115-92 de las doce horas y doce minutos del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos”. Accesado el 16 de julio de 2020, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83982>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 0185 – 1995 de las dieciséis horas treinta y cinco minutos del diez de enero del 1995”. Accesado el 15 de julio de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-81393> .

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 12011-2006 de las dieciséis horas con veinticuatro minutos del dieciséis de agosto del dos mil seis”. Accesado el 18 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-921269>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 1574-2008 de las catorce horas y cincuenta seis minutos del treinta de enero de dos mil ocho”. Accesado el 27 de julio de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-440821>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 3669-2006 de las quince horas del quince de marzo de 2006”. Accesado el 19 de agosto de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/ext-1-0007-264473/undefined/0///3>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 5860-2009 de las doce horas y doce minutos del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos”. Accesado el 16 de julio de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-449860>

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. “Voto 7062-1995 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del 22 de diciembre de 1995”. Accesado el 17 de julio de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-83017>

Solano Mojica, Moisés. (2010). *Ley General de Administración Pública (Concordada)*. 23° ed. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 006-2007 de las nueve horas cuarenta y ocho minutos del once de enero del dos mil siete”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-366372>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 66-2013 de las trece horas y cuarenta y siete minutos del veintinueve de enero de dos mil trece”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-586906>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 159-2012 de las diez horas quince minutos del quince de febrero de dos mil doce”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-535603>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto -659-2011 las diez horas tres minutos del treinta de junio de dos mil once”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-518323>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 703-2015 de las nueve horas y cincuenta y nueve minutos del veintiuno de julio de dos mil quince”. Accesado el 2 de noviembre de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-649100>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 854-05 de las trece horas dos minutos del veintiocho de octubre del dos mil cinco”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-322607>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 881-2006 de las once horas tres minutos del treinta y uno de agosto del dos mil seis”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-354641>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 984-2005 de las diez horas treinta minutos del veintinueve de noviembre del dos mil cinco”. Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-326220>

Tribunal Agrario de la República de Costa Rica. “Voto 1067-2005 de las catorce horas dieciséis minutos del veintidós de diciembre de dos mil cinco”.

Accesado el 17 de setiembre de 2019. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-327104>

Tribunal Segundo Civil, Sección II, de la República de Costa Rica”. Voto 293-10 de las nueve horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil diez”.

Accesado el 18 de junio de 2020. <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-498907>

Ulate Chacón, Enrique. “Jurisprudencia del Tribunal Agrario y la Ley de Tierras y Colonización”. Revista Judicial N.º 99 (2011). Accesado el 11 de agosto de 2020. <https://cijulenlinea.ucr.ac.cr/portal/descargar.php?q=NTcy> .

Ulloa Loría, Francisco. (2013). *Curso de Derecho Administrativo*. 3ra ed. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro

Van der Laat Echeverría, Bernardo. “La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Algunas particularidades en el Derecho del Trabajo”. Accesado el 15 de julio de 2020. https://salasegunda.poder-judicial.go.cr/revista/Revista_N5/contenido/PDFs/4.pdf

Villalobos Soto, José Joaquín. (2012). *Código Contencioso Administrativo*. *Subtitulado, concordado, con espacios con anotaciones en cada artículo*. 6° ed. Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

7. Anexos

7.1. Anexo 1:

Duración de los procesos administrativos y los judiciales en conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares.

La Sala Constitucional indica en el Voto de mayoría de la sentencia 3669-2006 que la vía administrativa implica una violación del derecho de acceso a una justicia pronta y cumplida (artículo 41 constitucional) por cuanto:

- a) Cuando se interponen los recursos ordinarios de revocatoria, apelación o de reposición, normalmente no se logra que el propio órgano o su superior lo modifique o anule, transformándose en una carga para el administrado;
- b) El procedimiento administrativo y su etapa recursiva o de revisión, usualmente excede los plazos legales y lo que se puede considerar un plazo razonable, con lo cual se prolonga, el acceso a la tutela judicial efectiva;
- c) El plazo necesario para agotar el procedimiento administrativo y judicial causa una justicia tardía que eventualmente podría convertirse en una denegación de justicia; lo cual es una ventaja de la que los entes públicos se benefician en ocasiones, dado que la administración pública tiene una mayor permanencia en el tiempo mientras que el administrado está sujeto a su condición de persona física.

El Voto salvado de la misma sentencia, por el contrario, estima que no solo el agotamiento obligatorio de la vía administrativa es el causante de una violación al derecho de acceso a la justicia, ya que muchas veces las partes tratan de

extender en el tiempo la duración de los procedimientos administrativos con el fin de evitar el dictado del acto final. Indican que, a efecto de regular los plazos del procedimiento administrativo se puede interponer el recurso de amparo de acuerdo con el artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, lo cual ha servido en gran medida para acelerar el funcionamiento de las diferentes administraciones públicas, si bien analizando caso por caso y sin llegar a la constitucionalización de plazos.

Por otro lado, las Actas Legislativas de la Ley de Inspección Cantonal de Aguas de 1923 procura dar una solución más expedita a los conflictos derivados del uso y/o aprovechamiento del agua, a fin de evitar que estos lleguen a tener consecuencias fatales.

Dado lo anterior, se procedió a hacer una revisión de los expedientes de los conflictos por aprovechamiento de aguas entre particulares con el objetivo de comparar la duración del proceso administrativo y del judicial en cada caso. Lógicamente, lo anterior es solo posible en los casos en los que el agotamiento de la vía administrativa fuera declarado obligatorio, es decir, las sentencias 854-2005, 984-2005, 1067-2005 y 881-2006, algunos de cuales no son accesibles dado que fueron destruidos (ver constancias).

A pesar de la evidente limitante en cuanto a que no se puede acceder a la mitad de los expedientes, respecto a la otra mitad se puede decir, en términos generales, que en el caso de los conflictos por aprovechamiento de agua entre particulares no es imputable a la administración pública la obstaculización del derecho de acceso a una justicia pronta y cumplida, ya que en el Expediente N.º 00-

160004-0638-AG, correspondiente al Voto 854-2005, la participación del Inspector y el Departamento de Aguas fue oportuna y expedita en comparación a la judicial que tardó de marzo del año 2000 hasta junio de 2011 entre el traslado de la demanda y el archivo del expediente, y en el Expediente N.º 04-000035-0699-AG, correspondiente al Voto 1067-2005, las partes interponen el proceso en vía judicial sin agotar previamente la vía administrativa, el proceso llega a una sentencia que es apelada y el Tribunal Agrario remite a las partes a agotar la vía administrativa, lo cual no se lleva a cabo y se archiva.

7.2. Anexo 2:

