

3. POLÍTICAS PARA LAS USURPACIONES DE AGUAS

POLÍTICAS	FUNDAMENTACIÓN Y ESCENARIOS	LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA
<p>Aplican las políticas generales:</p> <p>Para flagrancia 1.9</p> <p>Posición de garante 1.10</p> <p>Autoría mediata 1.11</p> <p>Órdenes, medidas restaurativas y medidas cautelares 1.16 a 1.26</p> <p>Salidas alternas 1.27 a 1.39 que incluye el análisis de impactos para medidas</p> <p>Fundamentación de acusaciones y de sanciones 1.28 y 1.29.</p> <p>Además, específicamente para el tema de decomisos y disposición de productos forestales, vehículos, equipo y otros actos de investigación, se aplican las políticas generales números 1.45 a 1.48.</p>		

EL DELITO DE USURPACIÓN DE AGUAS

3.1 Usurpación de aguas (bien jurídico)

Se busca mantener el control sobre la cantidad de agua disponible para los distintos usos y para otras personas usuarias, así como la estabilidad de los flujos de aguas y sus dinámicas en función de los ecosistemas que alimentan. Las limitaciones del tipo penal para la disposición de las aguas previenen la explotación irracional del recurso, por parte de una sola persona. No se sabe si el legislador tomó en cuenta todos los aspectos ambientales que hoy conocemos, como el enorme daño que el desvío de aguas puede causar al ecosistema que se nutre de estas, y que provoca la muerte de plantas y animales. En todo caso, al regular el desvío de este recurso y su disposición antojadiza por parte de algunas personas, en perjuicio de otras, se protegió indirectamente al ecosistema que depende de las aguas. Al mismo tiempo, con el desvío de aguas públicas o privadas que no le corresponden y con el estorbo o impedimento al ejercicio de los derechos de terceros sobre esas aguas, el tipo penal protege esos derechos de los terceros y, en especial, el dominio público del Estado sobre el recurso hídrico.



Artículo 226 del Código Penal:
“Se impondrá prisión de un mes a dos años y de diez a cien días multa al que, con propósito de lucro: Desviare a su favor aguas públicas o privadas que no le corresponden o las tomare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho; y el que de cualquier manera estorbare o impidiere el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas”.

3.2 Todas las aguas son de dominio público (necesidad de concesión)

La Ley de Aguas, N.º 276 (1), otorga al MINAE, por medio del Departamento de Aguas, la potestad de disponer y resolver, en nombre del Estado, el dominio, aprovechamiento, utilización, gobierno y vigilancia de las aguas, siendo necesaria una concesión de aguas para su aprovechamiento por parte de personas particulares. Ello se explica por la naturaleza jurídica de este recurso. Se trata de un bien de dominio público, así declarado por la Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 50, sin hacer exclusión de ningún tipo de aguas. De esta forma, dicha ley que es general y posterior modifica la Ley de Aguas, permitiendo afirmar que no existen ahora aguas de dominio privado y que todas las aguas son públicas, independientemente de su origen o ubicación.

Excepción a la concesión:

El artículo 6 de la Ley de Aguas y el 36 del Reglamento de Perforación del Subsuelo para la Exploración y Aprovechamiento de Aguas Subterráneas establecen una excepción al deber de contar con concesión cuando el aprovechamiento de las aguas se realice por medio de pozos artesanales para uso doméstico.

El Decreto n.º 41851-MP-MINAE-MAG, “Reglamento de registro de pozos sin número y habilitación del trámite de concesión de aguas subterráneas” está vigente a partir del 24 de septiembre de 2019 hasta el 24 de marzo de 2020 y abrió la posibilidad para que personas que antes del 2010 hayan perforado pozos sin autorización, puedan ajustarse a derecho y obtener la concesión, con excepción de los pozos perforados en áreas restringidas según el numeral 9 del referido decreto.

(1) Ley de Aguas N.º 276 y su reforma por el Transitorio V de la Ley N.º 7593 del 9 de agosto de 1996.

3.3 Desviar las aguas a su favor

El tipo penal señala tres conductas. La primera es desviar a su favor aguas públicas o privadas que no le corresponden, con ánimo de lucro. En este contexto, debe entenderse el verbo desviar como alejar o separar las aguas de su cauce natural. Además, la frase “a su favor” no se interpretará solo para cuando el desvío se hace hacia la propiedad del infractor, sino también para cuando se desvíen hacia otra propiedad y la persona obtenga provecho patrimonial, pues el desvío obró a su favor. En los casos de desvío hacia otro fondo, para prevenir interpretaciones distintas, deberá estudiarse y acusarse el posible concurso de esta conducta con otras figuras, como los delitos de daños (o el delito de estrago en caso de que ese desvío provoque inundaciones) y usurpación de bienes de dominio público del Código Penal (si se utiliza el cauce), alguno de los delitos de contaminación ya analizados, los delitos de invasión de AP de la Ley Forestal, etc. Existen muchas formas de realizar ese desvío de aguas, puede ser mediante la construcción de algún canal o dique dentro del cauce de un río, colocando una tubería o, en general, mediante cualquier tipo de obra civil que tenga como propósito alterar el curso natural de las aguas.

3.4 Tomarlas en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho

En esta frase el verbo típico “tomar” se equipara a sustraer, utilizar, desviar, canalizar y, en general, a cualquier verbo que implique apoderarse de aguas que no le corresponden. La frase “en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho” modifica la tipicidad, pues presupone la existencia de un derecho o concesión previa en su favor y reserva la conducta al uso abusivo de la concesión. Lo anterior quiere indicar que, una vez cumplidos los requisitos, el ente estatal otorgó la concesión a la persona particular por un determinado número de metros cúbicos y que esta excedió el límite concedido. Esta cantidad se otorga luego de un estudio hídrico y del establecimiento de parámetros técnicos que, a su vez, tienen su origen en consideraciones de índole ambiental. La conducta consiste, entonces, en utilizar el recurso concesionado en mayor cantidad de la originalmente otorgada, lo que necesariamente le representa un beneficio patrimonial. Por ejemplo, el caso de quien coloca un tubo con un diámetro mayor al permitido, lo cual le permitirá extraer mayor cantidad de agua.

3.5 Los pozos ilegales

Las conductas sancionadas por este tipo penal no abarcan la perforación de pozos ilegales, pues solo se podría aplicar una vez que la persona se encuentre extrayendo el agua del pozo sin la respectiva concesión. El Decreto n.º 41851-MP-MINAE-MAG del 18 julio de 2019 otorgó la posibilidad a quienes posean pozos ilegales de que, durante el período del 24 de setiembre de 2019 y hasta el 24 de marzo de 2020, puedan acogerse a un proceso especial para el registro de los pozos. Sin Embargo, esta especie de moratoria no implica que tales personas puedan extraer el agua sin la respectiva concesión.

3.6 Estorbar o impedir los derechos de otro

Ambos verbos se refieren a la acción de poner obstáculos al uso y disfrute de las aguas, impidiendo el ejercicio de los derechos legítimos de terceros, siempre con la intención de obtener un beneficio patrimonial. Aunque el tipo penal se refiere exclusivamente a la afectación de los derechos de un tercero que puede ser un particular o el mismo Estado, si se toma en cuenta la variable ambiental, la conducta implicará también la obstaculización de la dinámica normal de flujos o caudales del recurso hídrico, produciendo un daño ambiental que lesiona el derecho humano de toda

Sanciones administrativas y contravenciones:

Es necesario que el personal fiscal tenga conocimiento de las normas administrativas que se vinculan directamente con el aprovechamiento de las aguas o con la protección de las dinámicas hídricas. De igual forma, debe conocer los otros delitos y contravenciones que también sancionan estas conductas (1).

(1) La Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos N.º 7593, publicada en La Gaceta 169 del 5 de setiembre de 1996, en los artículos 38 y 41. Por su parte, el reglamento de perforación y explotación de aguas subterráneas, publicado en *La Gaceta* n.º 101 del 26 de mayo de 1988, en su artículo 1. La Ley General de Agua Potable N.º 1634 del 18 de setiembre de 1953, en los artículos 14 y 15. La Ley de Aguas N.º 246, del 27 de agosto de

persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, consagrado en la Constitución Política. Este daño podría ser tomado en cuenta para efectos de indemnización en una acción civil resarcitoria. A pesar de ello, la forma más común de incurrir en esta conducta es cuando particulares impiden el ingreso a su propiedad, para realizar reparaciones o mantenimiento de obras de captación de aguas concesionadas a otra persona o al mismo Estado.

1942 y sus reformas, artículos 26, en relación con el 22 y el 57, 162, 164, 166, incisos II, III y IV, y 167.

3.7 Elementos probatorios

Aunque el informe de la autoridad actuante detalle la afectación, es necesario que, en los casos graves, el personal fiscal inspeccione el sitio, lo que le dará una idea precisa de los hechos, la posibilidad de detectar otros posibles delitos y la oportunidad de realizar entrevistas a testigos, sobre todo si se realizó la conducta mediante la construcción de canales, diques, etc. Debe solicitar la certificación a la Dirección de Aguas del MINAE que indique si la persona cuenta con concesión y en qué cantidades y, si el aprovechamiento fue mayor al que tenía derecho, en cuyo caso deberá solicitarse el respectivo aforo a la Dirección de Aguas y debe tomar declaración al inspector cantonal de aguas, a quien se envía el expediente y debe inspeccionar el sitio (como requisito para la obtención de una concesión), así como entrevistar testigos y emitir una recomendación no vinculante. También puede

Ministerio
Público
Poder Judicial de Costa Rica

requerirse el testimonio de las personas expertas del MINAE que hayan realizado la medición del agua, la revisión de equipo, el análisis de las necesidades reales de la concesión y el informe final.

3.8 Medidas restaurativas o cautelares específicas

Si la autoridad actuante no emitió la orden de volver las cosas a su estado anterior al hecho, en aplicación del artículo 140 del CPP y del principio *in dubio pro natura* o principio precautorio (artículo 11, inciso 2, de la Ley de Biodiversidad), el MP solicitará la demolición de obras cuando se haya construido algún tipo de edificación que impida el curso normal de las aguas o que le permita al infractor aprovecharlas ilegalmente. Esta medida es indispensable cuando, con la usurpación de las aguas, se ha invadido el AP hídrica. Si la conducta se realiza por otros medios, se debe solicitar que se ordene a la persona imputada abstenerse de realizar la acción perseguida. Cuando los hechos tengan relación con actos perturbatorios de quien tiene legítimo derecho a hacer uso de las aguas, el personal fiscal solicitará como medida cautelar sustitutiva de carácter personal (artículo 244, inciso e) y 245 CPP), la prohibición de acercarse a la finca donde se encuentran las obras de captación, a fin de impedir daños a sus componentes que impidan el disfrute de las aguas por parte de la persona permisionaria.

Ver políticas generales **1.16 a 1.26**