



## Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / [faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr](mailto:faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr)

I Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este. Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5º piso.

Ministerio Público, Costa Rica



**E**L PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. Sin embargo, no debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. Periódicamente se enviará también una actualización de los índices numéricos, alfabéticos o temáticos respectivos. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el “Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)” (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **51**  
**2017**

### RESOLUCIÓN

**Resolución N°:** 2017-040  
**Órgano emisor:** Sala de Casación Penal  
**Fecha resolución:** 27 de enero del 2017  
**Recurso de:** Casación de sentencia penal

### DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Usurpación de aguas**  
⇒ **Restrictor:** Explotación sin concesión

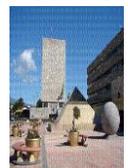
### SUMARIO

- La conducta típica del inciso 1) del artículo 226 del Código Penal (“[...] o las tomare en mayor cantidad que aquella a que tengan derecho”) sanciona a aquellas personas que, sin concesión, utilizan el recurso hídrico para fines que no sea doméstico.

### EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

“Resulta claro que existe una autorización general conforme a la cual todas las personas pueden utilizar para usos domésticos, de riego y recreación las aguas públicas y que la utilización del recurso hídrico para otros fines como por ejemplo su empleo en la industria, requiere de la tramitación de una concesión. Ello no significa que los supuestos de hecho de la norma que interesa sean aplicables exclusivamente a quienes contando

con una concesión sobrepasen las condiciones bajo las cuales se autorizó. Cuando el tipo penal establece como parámetro “en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho” se hace una remisión a las condiciones de utilización del recurso hídrico que se encuentran definidas en la Ley de Aguas, por tipo de uso o explotación que se haga. Tanto quienes en su carácter privado utilizan el agua para fines domésticos, como quienes lo





hacen como parte de una explotación autorizada mediante una concesión, están obligados a observar las

regulaciones impuestas por el Estado para garantizar el pleno disfrute y acceso de todas las personas al agua”.

## VOTO INTEGRO N°2017-040, Sala de Casación Penal

**Res: 2017-040. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las nueve horas y treinta y cinco minutos del veintisiete de enero del dos mil diecisiete. Recurso de Casación interpuesto en la presente causa seguida contra Víctor [Nombre 001]; y [Nombre 002], por el delito de Infracción Contra el Recurso Hídrico, en perjuicio de Los Recursos Naturales. Intervienen en la decisión del recurso los Magistrados y Magistrados Carlos Chinchilla Sandí, Jesús Ramírez Quirós, Doris Arias Madrigal, Celso Gamboa Sánchez y Rosibel López Madrigal, esta última como Magistrada Suplente. También intervienen en esta instancia el Licenciado Luis Alberto Barrantes Bonilla en su condición de Defensor Público de los imputados y el Licenciado Elvis López Matarrita como representante de la Fiscalía de Impugnaciones del Ministerio Público.

**Resultando:1.** Mediante sentencia N° 145-16, dictada a las diez horas veinticinco minutos del treinta de junio del dos mil dieciséis, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste Sede Santa Cruz resolvió: “*POR TANTO Se declaran sin lugar los recursos de apelación interpuestos por los imputados y la defensa pública. Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, se anula la pena impuesta y se ordena el reenvío de la causa para nueva sustanciación de ese extremo. En lo demás permanece incólume el fallo.. NOTIFIQUESE- GERARDO RUBÉN ALFARO VARGAS, MARÍA LUCILA MONGE PIZARRO, CINTHIA DUMANI STRADTMANN, JUEZ Y JUEZAS DE APELACIÓN DE SENTENCIA*” (sic). **2.** Contra el anterior pronunciamiento el Licenciado Luis Alberto Barrantes Bonilla en su condición de Defensor Público de los imputados, interpuso Recurso de Casación. **3.** Verificada la deliberación respectiva, la Sala se planteó las cuestiones formuladas en el Recurso. **4.** En el Recurso se han observado las prescripciones legales pertinentes. Informa el Magistrado Ramírez Quirós y;

**Considerando: I.** Por resolución número 2016-979, de las 9:40 horas, del 23 de setiembre de 2016, esta Sala admitió para estudio de fondo el recurso de casación formulado por el licenciado Luis Alberto Barrantes Bonilla, Defensor Público de [Nombre 002] y [Nombre 001], contra el fallo 2016-145, dictado por Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, a las 10:25 horas, del 30 de junio de 2016, que declaró sin lugar la impugnación presentada por esa misma representación. **II.** En el único motivo admitido se alegó aplicación indebida de la ley sustantiva, concretamente el artículo 226 inciso 1) del Código Penal, ya que la plataforma fáctica acreditada no contiene los elementos objetivos y subjetivos requeridos por el tipo penal. Señala que a los encartados se les atribuyó la segunda conducta prevista en el inciso primero del tipo penal, concretamente tomar aguas

públicas o privadas en mayor cantidad que aquella a que tengan derecho, lo que implica que la configuración del delito exige la existencia previa de un derecho o concesión, que no existe en este caso. Señala que la cantidad de agua a la que se tiene derecho, así como las condiciones para su disfrute o uso, se determinan en la concesión otorgada al agente o infractor, y la utilización abusiva, o sea aquella que sobrepasa la determinada en la concesión, es la conducta que el legislador tipifica como delito. Cita el Manual de Delitos Ambientales para respaldar su interpretación de la norma. Agrega que no existe una prohibición genérica para tomar aguas públicas, pues el ámbito de aplicación de la norma está circunscrito a los concesionarios del recurso hídrico con el propósito de que no sea aprovechada en mayor cantidad a la autorizada. Afirma que los hechos probados describen una conducta genérica que escapa a los alcances del tipo penal, por lo que resulta atípica. Solicita declarar con lugar el motivo, anular la resolución impugnada en cuanto a la calificación jurídica y absolver a los encartados. Sin lugar el reclamo. El examen en torno a la aplicación de la ley sustantiva debe partir del cuadro fáctico acreditado, que en este caso señala: “*1. El 28 de enero de 2016, al ser aproximadamente las 19:30 horas, en el sector de Playa Potrero Santa Cruz, en un sector del estero de Playa Potrero, ubicado, propiamente doscientos metros al oeste y trescientos metros al norte del Hotel Insulina (sic), los acusados [Nombre 002] y [Nombre 001], con pleno dominio del hecho y con ánimo de lucro, mediante la utilización de una bomba de succión con mangueras, extrajeron agua del sector del estero de Playa Potrero. Recurso hídrico que acumularon en una tanqueta con capacidad aproximada de 10000 litros, adherida a un vehículo marca Mack, placas CL [Número 001], logrando llenar la misma al menos hasta un cuarto de su capacidad. Con lo anterior, los acusados [Nombre 002] y [Nombre 001] tomaron aguas de dominio público en mayor cantidad a la que tenían derecho y sin contar con ningún tipo de concesión...*” En concreto se estimó que ambos encartados actuando de común acuerdo extrajeron agua del estero de Playa Potrero utilizando para ello una bomba de succión con mangueras, actuación que fue realizada mediando ánimo de lucro. El artículo 226 del Código Penal, establece: “*Se impondrá prisión de un mes a dos años y de diez a cien días multa al que, con propósito de lucro: 1) 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 2) El que de cualquier manera estorbare o impidiere el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas.*” El tipo penal exige en primer término la actuación con ánimo de lucro, finalidad que debe estar presente en cualquiera de las distintas formas comisivas que contempla. El primer inciso puede darse de dos maneras, la primera desviando en beneficio del agente aguas públicas o privadas; y la segunda que es la que interesa en este caso, que consiste en tomar aguas públicas o privadas en mayor cantidad que aquella





a que tenga derecho. Para la defensa, al establecer el tipo penal “en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho” se está partiendo de la existencia de una concesión de aprovechamiento de aguas, por lo que solo puede incurrir en el delito de usurpación de aguas el concesionario que hace una explotación superior a la permitida, pero no una persona que carece de ella. El razonamiento es erróneo conforme se pasa a exponer. El derecho al agua se reconoce como un derecho humano fundamental en diversos instrumentos de derecho internacional entre los que puede citarse la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua celebrada en Mar del Plata en 1977 en la que proclamó que todos los pueblos tienen derecho a disponer de agua potable en cantidad y calidad suficiente para sus necesidades básicas. En la Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente (CIAMA) conocida como Conferencia de Dublín 1992 se enfatiza que: “*El agua constituye un elemento vital del medio ambiente y abriga múltiples formas de vida de las cuales depende, en última instancia, el bienestar del ser humano*”. Este mismo documento llama la atención sobre el valor económico de este precioso bien al señalar “*es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible*.” También la Conferencia Internacional de las Naciones Unidas sobre población y desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994 destaca el derecho de toda persona a disfrutar de un nivel de vida que permita un desarrollo de sus potencialidades lo que incluye el acceso al agua como elemento trascendental. Al respecto el principio 2 del plan de acción establecía: “*Los seres humanos son el elemento central del desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza. La población es el recurso más importante y más valioso de toda nación. Los países deberían cerciorarse de que se dé a todos la oportunidad de aprovechar al máximo su potencial. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados*”. En similar sentido, la Cumbre Mundial de Desarrollo Sostenible celebrada en Johannesburgo en 2002 fijó su compromiso con “*... las necesidades básicas de la dignidad humana, el acceso al agua limpia y al saneamiento, la energía, la atención de la salud, la seguridad alimentaria y la diversidad biológica...*” De la relación entre los artículos 21 y 50 constitucionales deriva el derecho al acceso al agua para todos los seres humanos para cubrir sus necesidades vitales y garantizar el derecho a la vida y a la salud, en un ambiente sano. No obstante, precisamente por tratarse de un bien fundamental para la preservación de la vida, existen limitaciones para su utilización impuestas por el legislador. Así la Ley de Aguas, # 276, del 27 de agosto de 1942, señala en el artículo 10: “*El libre uso del mar litoral, ríos navegables, ensenadas, radas, bahías y abras, se entiende para navegar, pescar, embarcar, desembarcar, fondear y otros actos semejantes, conforme a las prescripciones legales o reglamentarias que lo regulen y*

*siempre que ese uso no haya sido objeto de una concesión particular o de reserva del Estado. En el mismo caso se encuentra el uso de las playas, el cual autoriza a todos, con iguales restricciones, para transitar por ellas, bañarse, tender y enjugar ropas y redes, verar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganado y recoger conchas, plantas y mariscos.*” Y el artículo 11 señala: “*Mientras las aguas corran por sus cauces naturales y públicos y no lo impida una concesión particular, todos podrán usar de ellas para beber, lavar ropas, vasijas y cualesquiera otros objetos, bañarse y abreviar o bañar caballerías y ganado, con sujeción a los reglamentos de policía.*” Existe un derecho al uso racional del agua para todas las personas para fines domésticos, de riego o recreativos, sin necesidad de contar con una concesión. De acuerdo con el artículo 226 inciso 1) del Código Penal incurre en usurpación de aguas quien, con propósito de lucro tomare - aguas públicas o privadas en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho. Los encartados al igual que cualquier otra persona, tenían derecho a utilizar las aguas del estero para los fines indicados en los artículos 10 y 11 de la Ley de Aguas, no así para extraer agua del estero con utilización de una bomba de succión, conducta que al haber sido realizada con ánimo de lucro configura el tipo penal. Resulta claro que existe una autorización general conforme a la cual todas las personas pueden utilizar para usos domésticos, de riego y recreación las aguas públicas y que la utilización del recurso hídrico para otros fines como por ejemplo su empleo en la industria, requiere de la tramitación de una concesión. Ello no significa que los supuestos de hecho de la norma que interesa sean aplicables exclusivamente a quienes contando con una concesión sobrepasen las condiciones bajo las cuales se autorizó. Cuando el tipo penal establece como parámetro “en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho” se hace una remisión a las condiciones de utilización del recurso hídrico que se encuentran definidas en la Ley de Aguas, por tipo de uso o explotación que se haga. Tanto quienes en su carácter privado utilizan el agua para fines domésticos, como quienes lo hacen como parte de una explotación autorizada mediante una concesión, están obligados a observar las regulaciones impuestas por el Estado para garantizar el pleno disfrute y acceso de todas las personas al agua. En la especie la extracción realizada por los encartados, fue de una cantidad mayor a la que conforme a la Ley de Aguas tenían derecho, pues no contaban con una concesión que amparara la captación que estaban realizando, lo que aunado al propósito de lucro que se tuvo por demostrado, configura el delito que se les ha venido atribuyendo. Por lo expuesto, se declara sin lugar el recurso interpuesto.

**Por Tanto:** Sin lugar el recurso de casación formulado por la Defensa pública. **Notifíquese- Carlos Chinchilla S., Jesús Ramírez Q., Doris Arias M., Celso Gamboa S., Rosibel López M.** (Magistrada Suplente).

