



DIVISIÓN DE FISCALIZACIÓN OPERATIVA Y EVALUATIVA
ÁREA SERVICIOS AMBIENTALES Y DE ENERGÍA

**Al contestar refiérase
al oficio No. 06661**

20 de julio, 2011
DFOE-AE-0253

Señora
Hannia M. Durán
Jefa de Área
ASAMBLEA LEGISLATIVA

Estimada señora:

Asunto: Se atiende consulta sobre el proyecto de ley denominado "Reforma al artículo 261 del Código Penal", el cual se tramita en el expediente No. 17.560.

Atendiendo su solicitud planteada mediante oficio AMB-148-211, recibido en esta Contraloría General el 21 de junio del 2011, previa coordinación con la División Jurídica, nos permitimos rendir criterio sobre el texto del proyecto "*Reforma al artículo 261 del Código Penal*", en el siguiente sentido

I. En relación con la exposición de motivos, se dan a conocer los siguientes aspectos de importancia:

- Que pese a la gran oferta de agua dulce con que cuenta Costa Rica, la disponibilidad de dicho recurso para el consumo humano en cantidad y calidad, se ve amenazada por un manejo inadecuado, la sobreexplotación, la impermeabilización y deforestación, siendo uno de los mayores problemas la contaminación generada por una inadecuada disposición de los desechos sólidos y líquidos.
- Que uno de los principales problemas que enfrenta la legislación es la dispersión normativa siendo que muchas de las conductas prohibitivas no contienen sanciones y algunos tipos penales como el artículo 261 del Código Penal, no fueron creados para proteger el recurso hídrico en su valor intrínseco, sino más bien protege la salud y la vida humana.

En razón de lo anterior, se propone reformar el artículo 261 del Código Penal, con el objetivo de que se regule el delito ambiental de contaminación a los recursos hídricos como un bien jurídico autónomo, puesto que el artículo en cuestión sólo regula lo relativo a la salud pública, para efectos de persecución, juzgamientos, investigación y análisis, lo cual permitirá a los operadores del derecho contar con una herramienta normativa más ajustada al bien jurídico ambiental, permitiendo una mejor tipificación y aplicación de la conducta que se pretende sancionar.

II.- Algunas consideraciones sobre la propuesta de reforma.

El artículo 261 del Código Penal actualmente vigente, dispone una pena de prisión de tres a diez años al que *“envenenare, contaminare o adulterare, de modo peligroso para la salud, aguas o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o de una colectividad”* y de ocho a dieciocho años si el hecho fuera seguido de la muerte de alguna persona.

Por su parte la propuesta de reforma consigna lo siguiente:

“Artículo 261.- Será reprimido con prisión de tres a diez años, el que arrojaré aguas servidas, aguas negras, desechos sólidos, líquidos o de otro tipo, o cualquier sustancia contaminante en manantiales, ríos, quebradas, arroyos permanentes o no permanentes, lagos, marismas y embalses naturales o artificiales, esteros, turberas, pantanos, aguas dulces, salobres o saladas, en todas las áreas de influencia de esas aguas, ya sea el área de protección del cauce, el área de recarga acuífera o cualquier área que permita la infiltración, percolación, o llegada de esas sustancias a las aguas por efecto de la escorrentía.

La pena podrá ser aumentada hasta en un tercio si resultare el envenenamiento, contaminación o adulteración de dichas aguas.

Si de las conductas descritas anteriormente en las que haya resultado el envenenamiento, contaminación o adulteración de dichas aguas, se produjere un peligro para la salud humana o para sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o de una colectividad, la pena será de tres a quince años de prisión. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de ocho a dieciocho años de prisión. Las penas descritas en este artículo podrán ser reducidas hasta en un tercio si fueren realizadas a título de culpa.”

En relación con el bien jurídico tutelado, puede señalarse que el tipo penal del artículo 261 actual, si bien es cierto pretende la protección de la salud y la vida humana, la acción típica que se sanciona consistente en la descarga de aguas servidas, negras o desechos sólidos o cualquier sustancia contaminante a fuentes de agua tales como ríos, manantiales, ríos o quebradas, igualmente tiene consecuencias negativas sobre la vida silvestre y los ecosistemas marinos y costeros, de ahí que también se protegen los diversos componentes ambientales al imponer dicha pena por tal acción.

En relación con los bienes jurídicos tutelados, la salud y el ambiente se encuentran intrínsecamente relacionados y han contado con suficiente respaldo y reconocimiento jurisprudencial incluso de previo a la reforma del artículo 50 de la Constitución Política que expresamente consagra el derecho a un ambiente sano, entre otras sentencias de importancia se había indicado:

“Por ello podemos afirmar que del derecho a la vida y de la obligación estatal de proteger las bellezas naturales contenidos en los artículos 21 y 89 de la Constitución, surgen otros derechos de obligada protección e igual rango como son los de la salud y a un ambiente sano, en ausencia de los cuales o no sería posible el ejercicio de los primeros, o su disfrute se vería severamente restringido.” (Voto No. 6240-93 de las 14:00 horas del 26 de noviembre de 1993)

“...tanto el derecho a la salud como a un ambiente libre de contaminación, sin el cual el primero no podría hacerse efectivo, son derechos fundamentales, de modo que, de acuerdo con todo lo que se ha señalado, es obligación del Estado proveer a su protección, ya sea a través de políticas generales para procurar ese fin o bien, a través de actos concretos por parte de la Administración.” (Voto No. 4423-93 12:00 horas del 7 de diciembre de 1993)

Puede señalarse también que la descarga de aguas residuales y desechos sólidos ya se encuentra regulado tanto en la ley General de Salud No. 5395 del 30 de octubre de 1973 y sus reformas, como en la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 del 4 de octubre de 1995, y más puntualmente en el artículo 132 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre No. 7317 del 21 de octubre de 1992, sus reformas.

Dicho marco legal dispone la prohibición de contaminar las fuentes de agua y el suelo mediante la descarga o depósito de desechos sólidos y líquidos, sea de cualquier origen o fuente, estableciendo la obligación de los entes generadores al tratamiento previo y al cumplimiento de parámetros de calidad de las aguas de vertido que en su caso define y reglamenta la autoridad competente.

En efecto, el artículo 132 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, consigna la misma acción y casi los mismos supuestos que ahora se pretende agregar al artículo 261 del Código Penal en la propuesta de reforma, al respecto dicha norma establece:

“Se prohíbe arrojar aguas servidas, aguas negras, desechos o cualquier sustancia contaminante en manantiales, ríos, quebradas, arroyos permanentes o no permanentes, lagos, marismas y embalses naturales o artificiales, esteros, turberas, pantanos, aguas dulces, y salobres o saladas.

Las instalaciones agroindustriales, industriales y demás instalaciones deberán estar provistas de sistemas de tratamiento para impedir que los desechos sólidos o aguas contaminadas de cualquier tipo destruyan la vida silvestre. La certificación de la calidad del agua será dada por el Ministerio de Salud.

Posteriormente, el 24 de junio de 2009, entró en vigencia la reforma parcial a la Ley de Conservación de Vida Silvestre, la cual modificó el artículo 132, eliminando la sanción que contenía ese tipo penal y dejando únicamente, la prohibición de no verter sustancias en caudales o ríos, entre otros. Es decir, con esta reforma se dejó sin sanción la conducta tipificada en esta normativa.

Por último, el 13 de julio del 2010, entró a regir la Ley para la gestión integral de residuos No. 8839, la cual en el artículo 56 contiene un tipo penal que sanciona como ilícita la siguiente conducta:

“Se impondrá la pena de prisión de dos a quince años a la persona que abandone, deposite o arroje en forma ilegal residuos peligrosos. La pena podrá aumentarse en un tercio cuando se abandonen, depositen o arrojen residuos peligrosos en áreas de protección del recurso hídrico, áreas silvestres protegidas, la zona marítimo-terrestre, aguas marinas o continentales y los cuerpos de agua destinados al consumo humano. La pena será de seis meses a cuatro años si lo que se abandona, deposita o arroja ilegalmente en estas áreas son otros tipos de residuos u otro tipo de sustancias o si estas conductas se realizan en bienes del Estado”.

Continuando con el análisis del artículo 261 propuesto en el proyecto de ley su párrafo primero contiene una técnica legislativa que describe un tipo penal de peligro abstracto, entendido este tipo de injustos penales como aquellos en los cuales para la tipicidad de la conducta no es necesaria la lesión o producción de un daño al bien jurídico tutelado, basta con la sola puesta en peligro de dicho bien jurídico. Es decir, se trata de delitos en los cuales se adelanta la protección del bien jurídico a estadios en los que la sola realización del verbo rector de tipicidad, en este caso el arrojar aguas servidas, aguas negras, desechos sólidos, líquidos o de otro tipo, o cualquier sustancia contaminante en manantiales en los lugares especificados por la norma, es suficiente para que la conducta sea considerada delictiva, sin requerir el tipo penal que esa acción produzca un resultado nocivo al medio ambiente, o en concreto, que se produzca algún tipo o grado de contaminación.

Es importante hacer la acotación de que si bien se ha declarado la constitucionalidad de los tipos penales de peligro abstracto, se debe considerar que para efectos de tipicidad constitucional de estos delitos, es necesario que la puesta en peligro del bien jurídico sea por un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico. En este aspecto la norma no contiene ningún parámetro al respecto, sentando como principio que cualquier sustancia que se arroje a las fuentes de agua, se consideraría ilegal, existiendo actualmente como se ha indicado normativa que regula el vertido de aguas industriales, comerciales y domésticas.

Debe tenerse presente que la acción de contaminar, según la Ley Orgánica del Ambiente y la Ley General de Salud, se encuentra definida en términos potenciales respecto a la eventual afectación a la salud o al ambiente, ello en el tanto las sustancias contaminantes no cumplan con los parámetros de calidad que definen las normas reglamentarias, lo cual no está delimitado o condicionado en la propuesta de reforma.

Al respecto, la Ley Orgánica del Ambiente dispone:

“Artículo 59 Contaminación del Ambiente: Se entiende por contaminación toda alteración o modificación del ambiente que pueda perjudicar la salud humana, atentar contra los recursos naturales o afectar el ambiente en general de la Nación. La descarga y la emisión de contaminantes, se ajustará, obligatoriamente, a las regulaciones técnicas que se emitan. El Estado adoptará las medidas que sean necesarias para prevenir o corregir la contaminación ambiental.”

(...)

“Artículo 64.- Prevención de la contaminación del agua. Para evitar la contaminación del agua, la autoridad competente regulará y controlará que el manejo y el aprovechamiento no alteren la calidad y cantidad del recurso, según los límites fijados en las normas correspondientes.”

Artículo 65.- Tratamiento de aguas residuales. Las aguas residuales de cualquier origen deberán recibir tratamiento antes de ser descargadas en ríos, lagos, mares y demás cuerpos de agua, además deberán alcanzar la calidad establecida para el cuerpo receptor, según su uso actual y potencial y para su utilización futura en otras actividades.

Artículo 66.- Responsabilidad del tratamiento de los vertidos. En cualquier manejo y aprovechamiento de aguas susceptible de producir contaminación, la responsabilidad del tratamiento de los vertidos corresponderá a quien produzca la contaminación. La autoridad competente determinará la tecnología adecuada y establecerá los plazos necesarios para aplicarla.” (El subrayado no es del texto original)

Este marco de referencia incorpora parámetros de medición para determinar objetivamente cuando se está en presencia de una descarga de contaminantes que pueda afectar tanto la salud como el ambiente, con lo cual el sistema denominado de comando y control permite la descarga de aguas previamente tratadas y al mismo tiempo, la aplicación de otros instrumentos económicos tal es el caso del canon ambiental por vertidos –Decreto Ejecutivo No. 34431 del 4 de marzo del 2008- que parte del principio de que, quien contamina debe asumir el costo ambiental y social o las externalidad negativas de su acción, mediante el pago de un canon destinado entre otros fines a la inversión de obras para el tratamiento e implementación de tecnologías limpias.

Otro aspecto a considerar de la reforma del artículo 261 en los términos propuestos, es que la acción de arrojar “cualquier sustancia contaminante” además de las fuentes de agua ya comprendidas en el artículo 132 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, a “todas las áreas de influencia de esas aguas, ya sea el área de protección del cauce, el área de recarga acuífera o cualquier área que permita la infiltración, percolación, o llegada de esas sustancias a

las aguas por efecto de la escorrentía” podría conllevar un exceso punitivo al estar comprendidas áreas de considerable extensión como son las áreas de recarga acuífera donde ocurre la mayor infiltración de las aguas subterráneas, estando por tanto comprendidas por ejemplo las actividades agrícolas que utilicen agroquímicos sin estimar la eventualidad o grado de afectación.

El tipo penal propuesto en los párrafos segundo y tercero agrava las penas en relación con el resultado, es decir, si se produce la contaminación de las aguas, si se afecta la salud de las personas o si se produce la muerte de personas.

Estas agravaciones por el resultado, no sólo están contempladas en los tipos penales antes indicados, sino que entrarían en concurso con el delito de lesiones, u homicidio, tanto en la modalidad dolosa como culposa, en razón de la última disposición contenida en el artículo propuesto que admite la comisión culposa de esta delincuencia.

En resumen, si la finalidad propuesta es la tutela del recurso hídrico y evitar la contaminación del mismo, es necesario, no solo una reforma a un artículo del código penal, como la propuesta, sino también un análisis integral de la normativa vigente.

Conviene manifestarse nuevamente ante las señoras y señores Diputados en cuanto a la urgente necesidad de dotar al país, de un régimen jurídico y un marco institucional actual y efectivo para la protección, conservación, gestión y manejo integral, uso racional y sostenible del recurso hídrico con enfoque de cuenca, que incorpore instrumentos económicos y de planificación hídrica suficientes a nivel nacional y procure la participación de las comunidades.

En este sentido se sugiere retomar los contenidos del Proyecto de Ley de Recurso Hídrico, expediente No. 14.585, el cual fuera sometido a un amplio proceso de consulta y discusión legislativa sin haberse dotado aún al país, de una ley moderna que promueva una gestión integrada del recurso hídrico a nivel regional y nacional.

Atentamente,

Licda. Lilliam Marín Guillen MBA
GERENTE DE ÁREA

JLC/MSV/acz

Ci: Expediente (G: 2011000407-P, 14)



NI: 10318