



Prolegómenos. Derechos y Valores
ISSN: 0121-182X
derechos.valores@umng.edu.co
Universidad Militar Nueva Granada
Colombia

Barba Álvarez, Rogelio
EL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL
Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. XIV, núm. 27, enero-junio, 2011, pp. 213-229
Universidad Militar Nueva Granada
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038015>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

EL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL.

Rogelio Barba Álvarez*

Fecha de recepción: 15 de Marzo de 2011

Fecha de aceptación: 13 de abril de 2011

Artículo de Reflexión

Resumen

El presente documento, se fundamenta en el valor constitucional que se le ha otorgado al agua, en el sentido del uso y disfrute de las personas; sin embargo, esta garantía no se refleja en la generación presente. Contrariamente el uso del agua en el ámbito doméstico, no es controlado por las autoridades, lo cual repercute en el abuso indiscriminado de este vital líquido. Por esta irresponsabilidad y por la amenaza real e inminente de que las generaciones futuras se queden sin agua; este artículo analiza la posibilidad de elevar a rango penal la acción voluntaria del agente que no hace uso adecuado del agua.

Palabras clave

Aqua, derecho penal, derechos fundamentales.

WATER AND FUNDAMENTAL RIGHTS AND LEGAL PROTECTION-CRIMINAL

Abstract

Water as a fundamental right and its penal law protection. This document is based on the constitutional value that has been given to water in the sense of use and enjoyment of people however this guarantee is not reflected between the actual generation. On the contrary water use at home is not controlled by the authorities its indiscriminate abuse affects this vital liquid because of this irresponsibility and the real and imminent risk for future generation to remain without water. We analyze the possibility to elevate to criminal state the voluntary action of the agent or person who does not use the water in an appropriate way.

Keywords

Water, criminal law, fundamental rights.

* Doctor en derecho y miembro de la secretaría técnica del instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor Investigador del Centro Universitario de la Ciénega, de la Universidad de Guadalajara, México; el presente trabajo forma parte de la línea de investigación Reforma Penal, inscrita en el Cuerpo Académico: Especialidades jurídicas en derecho público en formación, ante el Programa del mejoramiento al profesorado PROMEP. rokame00@gmail.com

A ÁGUA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL

Resumo

O presente documento está fundamentado no valor constitucional que se outorgou à água, no sentido do seu uso e aproveitamento pelas pessoas; no entanto, esta garantia não se reflete na presente geração. Contrariamente, o uso da água no âmbito doméstico não é controlado pelas autoridades, o que repercute no abuso indiscriminado deste líquido vital. Por esta irresponsabilidade e pela real e iminente ameaça de que as gerações futuras fiquem sem água, este artigo analisa a possibilidade de elevar à categoria penal a ação voluntária do agente que não faz uso adequado da água.

Palavras-chave

Água, direito penal, direitos fundamentais.

PROBLEMA

El art. 4º Constitucional establece que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar, existen además instituciones que tratan de garantizar este derecho, como lo es la Comisión Nacional del Agua a nivel federal y otras de ordenamiento estatal y municipal. Sin embargo, en el hiper-trofiado sistema jurídico mexicano en sus tres niveles, aun no existe la preocupación jurídica para imponer una sanción ejemplarizante para quienes desperdician el agua, pero si vemos por ejemplo que se utiliza el agua para lavar la calle, automóviles, cocheras, etc. sin que la autoridad pueda imponer una sanción ejemplar, que trate de disuadir de la acción dolosa, afectando bienes jurídicos de las generaciones presentes y futuras, y por el desabasto del vital líquido. De esta manera y a partir del principio de ofensividad, presentaremos una propuesta que jurídico-penal que proteja los bienes jurídicos difusos que generan este tipo de conductas.

1. PREMISA INTRODUCTORIA

El agua es vida. En efecto, el 90% del ser humano está compuesto por agua, la superficie terrestre se compone del 70% de este líquido, los océanos concentran el 95% del agua total. (MASSARUTTO: 2008: 7-ss) Es un elemento imprescindible para la subsistencia de otros

seres vivos animales y plantas; en un sentido social el agua es fundamental para el desarrollo sostenible, la ONU en particular la reconoce para la integridad del medio ambiente y la erradicación de la pobreza y el hambre y, que es indispensable para la salud y el bienestar humano¹. El agua condiciona por siempre la posibilidad de desarrollo humano: bastante cercana para ser utilizada, bastante lejana para defenderse de su vulnerabilidad y para protegerla de nuestros residuos, así pues, el tema del agua como servicio público, de consumo primario y fundamental para el desarrollo cotidiano y del cual forma parte de los indicadores de la OCDE para medir la calidad de vida², sigue siendo un tema de perenne

¹ A/res/ 58/217, ONU, Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Segunda Comisión (A/58/485)]. Decenio Internacional para la Acción, "El agua, fuente de vida", 2005-2015.

² En el 2007, la OCDE publicó un resultado de la evaluación de la gestión del agua describiendo cuatro principales problemas 1) una explotación insostenible de las fuentes subterráneas del recurso; 2) un uso ineficaz de los recursos hídricos, es decir, la desviación del líquido, de actividades con alta rentabilidad económica hacia actividades con una baja rentabilidad; 3) una cobertura escasa de agua entubada y drenaje, así como altos costos del recurso para los pobres, y 4) una gran incidencia de líquido de baja calidad y contaminada. De esta manera podemos advertir la incidencia en su protección penal que más adelante trataremos. Vid. La jornada. 12 de noviembre de 2007.

actualidad del que además no nos podemos apartar dada las misiones que cumple entre los seres humanos. De esta manera, nos permitimos elaborar un estudio jurídico-penal, que permita resaltar la importancia de su reconocimiento y protección mediante mecanismos coercitivos (criminalizando algunas conductas) con el fin de aprovechar este recurso con responsabilidad, para evitar su indiscriminada contaminación³ y desperdicio y, proponer elementos jurídicos encaminados a la justicia penal de este vital líquido que a muchos seres humanos les hace falta⁴, la investigación realizada permitirá la protección de bienes jurídicos presentes y futuros, garantizando lo estimado por la Carta Magna en su reciente reforma.

1.1. Bases metodológicas para la protección penal y la criminalización de uso indiscriminado de inclusión penal del agua

Antes de establecer la metodología es necesario establecer la naturaleza del derecho penal, misma que se soporta en cuatro pilares. Primero: el derecho penal tiene por objeto cumplir el valor personal de la acción, dando a cada uno lo que merece según sus actos. Segundo: el derecho penal existe para lograr una convivencia social adecuada y armoniosa entre los individuos con igualdad jurídica, desterrando la venganza privada por la moderación de las penas. Tercero: el ius puniendo se legitima como límite del ejercicio del poder omnípotente del Estado ponderando el ejercicio democrático del uso de la pena en aquellos actos que perturben a la sociedad. Cuarto: el derecho penal como mecanismo de control social formal, sin el cual no se podrían

lograr los fines de la penal, la justificación del sistema penal y la sana convivencia social. A partir de esta reflexión, seguiremos la línea metodológica de la interpretación jurídica, para adecuar la presente propuesta a una futura reforma penal, para lograr los objetivos marcados y la concreción de las conclusiones. Atiende principalmente a la identificación del problema, por medio del principio personalístico, identificando al garante del bien jurídico afectado, es decir; a la persona como el titular de todos los derechos y valores para su desarrollo en un medio ambiente adecuado y disfrute, en este caso del agua, tal y como lo marca la Constitución política mexicana en su artículo 4.

Por lo tanto, este trabajo se adecua al proceso de investigación cualitativa, a través de este método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales, permite analizar la idoneidad de la intervención penal para garantizar el disfrute de este derecho imprescindiblemente humano, derivados del mal uso del agua por personas que desprecian este vital líquido, como instrumento de tutela, y solo de manera ilustrativa utilizando la doctrina especializada sobre este tipo de conductas nocivas y criminalizadas en legislaciones de nuestro entorno, de esta manera utilizaremos el método comparativo para enriquecer nuestro trabajo.

En resumen se atenderá la metodología de la dogmática jurídica para fortalecer las opiniones dominantes sobre el argumento aquí presentado, el método descriptivo, para describir las características de un conjunto de sujetos o elementos del fenómeno jurídico-penal que interesa al colectivo social, el método comparativo con otras legislaciones de nuestro entorno jurídico.

2. EL AGUA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

No se puede proponer la criminalización de actos antijurídicos contra el agua si no se realiza un análisis al texto constitucional mexicano, sobre el medio ambiente-, del cual el agua forma

³ El programa mundial de evaluación de los recursos hídricos, estima que las enfermedades relacionadas con el agua cada año causan la muerte a más de 5 millones de personas, diez veces más que las víctimas de guerra. Vid. http://www.unesco.org/water/wwap/index_es.shtml

⁴ El tribunal Latinoamericano del agua estima que más de 100 millones de personas no tienen en sus hogares la conexión a una red de saneamiento. Vid. <http://www.tragua.com/es/>

parte de manera inherente por ser un nuevo derecho fundamental⁵; además de ser un valor constitucional transversal, es decir, atraviesa horizontalmente todo el texto constitucional, porque interesa irrestrictamente otros intereses constitucionales. En nuestro caso, el análisis de las reformas constitucionales de 1999⁶ es un requisito para su estudio, se adiciona el párrafo V del artículo 4, estimando que “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”, de la misma manera se incorpora un primer párrafo en el artículo 25 para garantizar esta enmienda:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y se régimen democrático y que mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta constitución.

La Constitución trata de garantizar la protección del medio ambiente en el cumplimiento de sus funciones velando por nuevos temas como el desarrollo sustentable, determinando que el Estado protege al ciudadano en forma de Ley asegurando la acción popular del medio ambiente; (ARAUJO: 2002: 25) aumentando, en este caso con las reformas señaladas, el

ámbito de protección como instrumento de garantía constitucional⁷. El desarrollo sostenible o sustentable considera el medio ambiente como la piedra angular para su reconocimiento constitucional, el informe Brundtland⁸ hace referencia a sus conceptos básicos:

- La satisfacción de las necesidades y aspiraciones humanas es el objetivo principal de desarrollo.
- Un mundo en el que la pobreza y la desigualdad son endémicas estará siempre propenso a las crisis ecológicas y otras.
- El desarrollo sostenible requiere satisfacer las necesidades básicas de todos y se extiende a todos la oportunidad de satisfacer sus aspiraciones de una vida mejor.
- Una expansión en el número puede aumentar la presión sobre los recursos y frenar el aumento de los niveles de vida en las zonas en que la privación es generalizada.
- Aunque la cuestión no es sólo la del tamaño de la población, sino de la distribución de los recursos, el desarrollo sostenible sólo puede lograrse si los cambios demográficos están en armonía con las variaciones del potencial productivo del ecosistema.
- El desarrollo sustentable a grandes rasgos es un modelo de crecimiento que satisface las necesidades de la presente generación, sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. (CABRERA: 2007: 14)

⁷ El reconocimiento del medio ambiente como derecho humano es relativamente reciente, fue cuando “comprendimos que el haber tomado conciencia de la degradación del planeta constituyó un reto para las sociedades modernas” vid. José Zaragoza Huerta, Rafael E. Aguilera Portales, Michael Núñez Torres Los derechos humanos en la sociedad contemporánea, UANL, Monterrey, 2007, p. 61

⁸ Fue presentado en 1987 por la Dra. Que lleva este apellido en la comisión mundial para el medio ambiente y el desarrollo de la ONU, uno de los propósitos fundamentales de este informe fue encontrar soluciones prácticas para combatir los daños del medio ambiente y de desarrollo. En: Our Common Future, Chapter 2: Towards Sustainable Development From A/42/427. Our Common Future Report of the World Commission on Environment and Development.

⁵ Así lo estima la declaración Latinoamericana del agua; Primero El derecho al agua es un derecho fundamental, inherente a la vida y dignidad humanas. La población de la región latinoamericana es titular del derecho fundamental al agua en adecuada cantidad y calidad, parte de la doctrina así lo considera, José Alfonso Da Silva, Ney Lobato Rodrigues/ William R. do Amaral Carvalho, en; A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais, p. 270. Opinión contraria de Silvia Sánchez J. M., Delitos contra el medio ambiente, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 18. Para este autor el medio ambiente deviene de la constitución en un sentido “antropocéntrico y personalista, concebido como un derecho (desde luego no fundamental)”.

⁶ DOF 28 de junio de 1999.

Desde el punto de vista legal el desarrollo sustentable en materia de agua lo establece el art. 3 fracc. XXI de la ley de aguas nacionales como: el proceso evaluable mediante criterios e indicadores de carácter hídrico, económico, social y ambiental, que tiende a mejorar la calidad de vida y la productividad de las personas, que se fundamenta en las medidas necesarias para la preservación del equilibrio hidrológico, el aprovechamiento y protección de los recursos hídricos, de manera que no se comprometa la satisfacción de las necesidades de agua de las generaciones futuras.

Establecido el medio ambiente dentro de la Constitución y como parámetro para el desarrollo sustentable, entraremos a la delimitación de la protección jurídica del agua. El agua se encuentra por todas partes; en áreas naturales y diversos ambientes sean públicos (lagos, ríos y mares) o privados (industrias, fábricas, y hogares); sin embargo, la Constitución no hace referencia a tales distinciones de utilización o de titularidades para su reconocimiento y cumplimiento de valores constitucionales. Por consiguiente, el agua como componente necesario y esencial del medio ambiente, requiere de un análisis sistemático dadas las variadas interpretaciones que la Constitución le otorga: propiedad, administración⁹, bien, y valor.

⁹ Con relación a la gestión la Ley de Aguas Nacionales en el art. 3, fracc. XXVIII. La define como: Proceso sustentado en el conjunto de principios, políticas, actos, recursos, instrumentos, normas formales y no formales, bienes, recursos, derechos, atribuciones y responsabilidades, mediante el cual coordinadamente el Estado, los usuarios del agua y las organizaciones de la sociedad, promueven e instrumentan para lograr el desarrollo sustentable en beneficio de los seres humanos y su medio social, económico y ambiental, (1) el control y manejo del agua y las cuencas hidrológicas, incluyendo los acuíferos, por ende su distribución y administración, (2) la regulación de la explotación, uso o aprovechamiento del agua, y (3) la preservación y sustentabilidad de los recursos hídricos en cantidad y calidad, considerando los riesgos ante la ocurrencia de fenómenos hidrometeorológicos extraordinarios y daños a ecosistemas vitales y al medio ambiente. La gestión del agua comprende en su totalidad a la administración gubernamental del agua

3. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL AGUA

El reconocimiento constitucional del agua como propiedad se encuentra en similares términos al derecho a la igualdad ante la ley, a la salud y, a la educación; fue incluido en la Constitución como bien de tutela, de esta manera se han garantizado distintos tipos de propiedad: propiedad intelectual, propiedad de imagen, propiedad económica; sin embargo, la connotación de propiedad que se la ha querido dar para limitarla de las otras “propiedades” parte de su funcionalidad de carácter social, de esta manera la función social de la propiedad del agua descansa en el principio del “bien para la colectividad”, legalmente el artículo 27 primer párrafo estima que:

“La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Concepto extensivo del bien común, el cual se desprende el reconocimiento de los derechos de la persona, indispensables para el desarrollo de su personalidad, lo que significa que el bien común restringe y limita la capacidad individual, frente a intereses que lesionen a la colectividad, imponiendo a la persona en singulares medidas jurídicas cuyo cumplimiento impactará en beneficio de la sociedad”.

El carácter funcional de la propiedad del agua de manera extensiva se establece en el artículo 27 párrafo quinto de la siguiente manera:

(..) son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes

constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquellas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la república; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la república y un país vecino; o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la república con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno, pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el ejecutivo federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se consideraran como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerara de utilidad pública, y quedara sujeto a las disposiciones que dicten los estados.

3.1 Dignidad de la persona y el agua

No se puede hablar de dignidad de la persona si ésta carece del recurso mínimo dirigido a cubrir las necesidades básicas del agua, en efecto el derecho al agua forma parte del contenido mínimo del derecho a la dignidad humana, de la misma manera la ausencia del agua para beber o para el higiene personal, se traduce en baja calidad de vida; por consiguiente, el concepto mínimo de propiedad del agua condicionaría la calidad de vida; de esta manera, podríamos cumplir con el razonamiento de la constitución atendiendo a la función social del agua a partir del reparto equitativo y necesario para vivir con dignidad. Entre el derecho de propiedad y el principio de la dignidad humana estamos frente a un problema que podemos resolver mediante la tutela del agua atendiendo al principio de dignidad humana, resaltando la importancia de los derechos fundamentales, en el caso de la propiedad, la propiedad sobre el agua podrá ser disciplinada por este principio a partir del art. 4 párrafo V constitucional, que expone al medioambiente como un medio adecuado para el desarrollo.

4. EL PATRIMONIO NACIONAL DEL AGUA

Ahora bien el objeto de estudio de este sencillo trabajo, estriba en la criminalización de actos que repercuten en el desperdicio indiscriminado del agua y su contaminación; es decir, el agua cobraría su más extensa dimensión como objeto de contaminación –y como agente contaminante- y del abuso impersonalizado del agua. De esta manera, podemos cubrir su total protección, de manera cualitativa y cuantitativa. Ahora corresponde delimitar el concepto del patrimonio agua, por consiguiente la legislación mexicana en el artículo 27 párrafo 5to. Constitucional, habla del agua en sus distintas acepciones y contenidos; aguas continentales (las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional) y aguas marinas (las

de las lagunas y esteros que se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos. Desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional.

Así mismo la Ley federal del mar en el art. 3ero establece que se entiende por aguas marinas:

- a) El Mar Territorial
- b) Las Aguas Marinas Interiores (art. 36 de la ley federal del mar I.- La parte norte del Golfo de California; II.- Las de las bahías internas; III.- Las de los puertos; IV.- Las internas de los arrecifes; y V.- Las de las desembocaduras o deltas de los ríos, lagunas y estuarios comunicados permanente o intermitentemente con el mar)
- c) La Zona Contigua
- d) La Zona Económica Exclusiva
- e) La Plataforma Continental y las Plataformas Insulares y
- f) Cualquier otra permitida por el derecho internacional.

En suma el régimen patrimonial de las aguas marinas en su expresión extensiva se encuentra dividida en dos partes; por un lado, cuando la nación las reconoce como su patrimonio (aguas del mar territorial), por otro lado, cuando de manera restrictiva su régimen patrimonial se limita a las aguas del mar territorial como a las aguas marinas interiores y se consideran bienes de carácter nacional sujetos al régimen del dominio público de la federación.

4.1 Utilidad del agua de manera singular en la persona

La Ley nacional de aguas, expone en el art. 3 fracción LII, el concepto de “Uso”, de la siguiente manera: Aplicación del agua a una actividad que implique el consumo, parcial o

total de ese recurso. De esta manera, el uso más importante y del que quiero concentrar la penalización por el abuso indiscriminado, desperdicio y contaminación es el que define la fracción LVI, del que se entiende como: La aplicación de agua nacional para el uso particular de las personas y del hogar, riego de sus jardines y de árboles de ornato, incluyendo el abrevadero de animales domésticos que no constituya una actividad lucrativa, en términos del Artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El uso del que se le da al agua de manera individual, en muchas ocasiones no es la correcta, se lavan coches, banquetas, pisos con el chorro de agua; lo hacemos sin medida como si nunca fuera a acabarse, sin pensar en que muchos habitantes no cuentan con los servicios básicos, y al abrir la llave no pensamos siquiera del costo tan elevado que genera tenerla. Por lo anterior, uno de los puntos de mayor importancia en la declaración del agua en el IV Foro Mundial del agua, celebrado en México, fue que; “el derecho al agua de cada individuo y su utilización, deben ejercitarse en el respeto de las necesidades de las generaciones presentes y futuras”.

La impunidad del uso un indiscriminado del agua deriva en que los hechos no se encuentran penalizados, sino que la ley los contempla como faltas administrativas; de esta manera el reglamento de policía y buen gobierno de la ciudad de Guadalajara, sólo establece dos artículos que previenen este tipo de conductas, el artículo VIII de la Sección tercera “De las faltas contra la prestación de servicios públicos”, estima como falta: desperdiciar agua, desviarla o impedir su uso a quienes deban tener acceso a ella, en tuberías, tanques o tinacos almacenados, la multa será de 20 a 36 horas de detención en las celdas municipales; aquí lo que se prevé es la protección al abasto municipal del agua potable como servicio municipal. Éste guarda relación con el artículo LX de la Ley Nacional de aguas, el cual conceptualiza, el “Uso Público Urbano” como: La aplicación de agua nacional

para centros de población y asentamientos humanos, a través de la red municipal. De igual manera, la sección cuarta de las faltas al medio ambiente, a la ecología y a la salud, establece como falta, en su artículo IV: contaminar las aguas de las fuentes públicas; con un arresto de 5 a 36 horas. Podemos resumir que la Ley se encuentra limitada para ejercer de manera coercitiva el mal uso que se le da al agua, de aquí la impunidad de las conductas que perjudican a muchos seres humanos, la calidad de vida y el desarrollo humano.

5. LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PENAL DEL AGUA.

Tradicionalmente la protección ambiental se ha centrado de manera prioritaria en la atmósfera y en el agua como elementos más representativos de la vida en nuestro planeta y, aunque poco a poco el abanico defensor se ha ido ampliando a otros postulados, no cabe la menor duda de que el agua es el elemento básico de esa tutela. Y es esta precisamente una de las características esenciales del derecho hidráulico: su pertenencia al amplio concepto de derecho ambiental.¹⁰

5.1 Bases para su protección

El derecho penal cimentado en un Estado Social y Democrático de Derecho, tiende a

la protección de bienes jurídicos desde la perspectiva de tres importantes pilares; a) como última ratio, b) enmarcado en el principio de intervención mínima y, c) basado en el principio de ofensividad. a) El derecho penal de ultima ratio confiere al derecho penal la expresión coercitiva del Estado en su forma más agresiva, el derecho penal actúa de manera represiva imponiendo penas a los hechos más graves, los cuales convulsionan a la sociedad, interrumpiendo la tranquilidad que ofrece el marco constitucional; concretamente la intervención del derecho penal se justifica por ataques a bienes jurídicos de la sociedad con una trascendencia relevante que ha trastocado la tranquilidad social. b) Por lo tanto, la intervención del poder coercitivo del Estado se legitima para controlar el drama criminal cuando otras instancias menos lesivas (civiles y administrativas) han agotado sus recursos sin éxito, sólo de esta manera se pondrá en marcha el mecanismo penal como medida adecuada de política social; por consiguiente, su intervención deberá ser lo mínimo posible por la manera con la que actúa, y esto porque el derecho penal protege valores e intereses de gran trascendencia para la comunidad, valores que se encuentran en un lugar privilegiado dentro de la jerarquía constitucional (vida, libertad, propiedad, patrimonio etc.). c) el delito ha de basarse en una lesión al bien jurídico, pues no cabría un delito sin ofensa; (FLAVIO, BIANCHINI, & GARCÍA: 2009: 179, 307, ss.) este principio se orienta hacia un derecho penal de base objetiva (como sistema de normas de tutela de bienes jurídicos) en contra de la regresión del derecho penal subjetivo (de orientación represiva), acogiendo a un lado al principio de legalidad formal, de esta manera se constitucionaliza una noción del delito como hecho ofensivo típico. Admitido este principio y por razones de coherencia, deben ser asumidas otras premisas en el derecho penal mismo, comprendido este principio como instrumento de tutela de bienes jurídicos que representan los valores más esenciales para el desenvolvimiento de la personalidad del individuo, fines que buscan concretarse con la protección penal del agua.

¹⁰ MORILLAS, L. (2004). Protección penal del agua. Cuadernos de Política Criminal, segunda época, 82, 44-ss. De esta manera cabe resaltar las distinciones que se le da a este vital líquido desde el punto de vista legislativo, por consiguiente La ley de aguas nacionales mantiene un abanico de conceptos de agua en el art. 3 de la siguiente manera III. "Aguas claras" o "Aguas de primer uso": Aquellas provenientes de distintas fuentes naturales y de almacenamientos artificiales que no han sido objeto de uso previo alguno; IV. "Aguas del subsuelo": Aquellas aguas nacionales existentes debajo de la superficie terrestre; V. "Aguas marinas": Se refiere a las aguas en zonas marinas; VI. "Aguas Residuales": Las aguas de composición variada provenientes de las descargas de usos público urbano, doméstico, industrial, comercial, de servicios, agrícola, pecuario, de las plantas de tratamiento y en general, de cualquier uso, así como la mezcla de ellas.

Por lo tanto, la posición del legislador (como representante del sentir social) ha de proteger coherentemente las dimensiones constitucionales: el desenvolvimiento de la personalidad y el valor ecológico de una manera que los intereses no se encuentren enfrentados sino que se interrelación entre sí; no obstante, de las dificultades que esto conlleva, tal como lo sentencia Morillas Cueva: (MORILLAS: 2004: 48)

- Existe una galopante ansia de enriquecimiento versus explotación de un mal entendido progreso económico y tecnológico.
- En países en vías de desarrollo se mediatisa cuando no expolia los recursos naturales por la avaricia de multinacionales
- Estos países se encuentran amparados por sistemas económicos y de poder que potencian las desigualdades sin control.

Podemos destacar que la protección del medio ambiente como bien jurídico, se sustenta en la necesidad de preservar por parte del Estado el equilibrio ecológico para alcanzar un nivel de calidad de vida y de desarrollo humano, a partir de esta reflexión se debe plantear el lugar que ocupa el derecho penal para la consecución de esta protección contra los atentados al medio ambiente y concretamente al agua.

El derecho penal debe obedecer a los requerimientos y las necesidades de su intervención, mediante los ataques más significativos a bienes jurídicos de relevancia social, partiendo, en este sentido de los principios inspiradores de un derecho penal democrático; mas sin embargo, el sistema democrático del que se presume en nuestro país y el letargo legislativo en el que nos encontramos, nos inspira a recurrir cada vez a este extremo, pues la consecuente criminalidad de guante verde en México es crónica. Se afectan las aguas nacionales de manera impune, por ejemplo la calidad del agua en la zona metropolitana de Guadalajara que proviene del Lago de Chapala (el más grande e importante de México) y los ríos Santiago, zona de la cuenca Lerma-Santiago-Pacífico, el río Verde, la zona de Juanacatlán

y El Salto, se encuentran 90% contaminados; lo que ha provocado en lo que va del presente año que más de medio millón de personas estén enfermas por contacto con estas aguas¹¹. Nosotros consideramos significativamente las cifras negativas que se encuentran registradas en el IV Foro Mundial del agua celebrado en México en 2006: las enfermedades relacionadas con el consumo de agua insalubre son las principales causas de muertes infantiles en el mundo¹². De esta manera el principio de ultima ratio cada vez deberá ceder sus bondades para dar paso a infracciones penales que causan impunidad por las penas previstas en delitos ecológicos, medidas simbólicas que no representan nada para la prevención general y especial.

Por último, las razones por las que se debe criminalizar conductas en contra del agua según la reflexión de Blanco Lozano son¹³:

- a) Por seguridad jurídica, al tratarse, el bien jurídico medio ambiente de un concepto excesivamente amplio y abstracto, demanda descomponer –en la medida de los posible- forma que puedan ser objeto de consideración en el plano jurídico-penal otros bienes más concretos de más fácil y pacífica aprehensión, cuya consideración jurídica no se ve perturbada por multitud de planteamientos de índole filosófica, sociológica, política etc.

¹¹ Los contaminantes que se encuentran en las aguas de Jalisco han generado en lo que va del año más de medio millón de enfermos, informaron integrantes del Observatorio para la Salud (OSA), perteneciente al Centro Universitario de Ciencias de la Salud (CUCS), quienes instaron a las autoridades a interesarse por los altos niveles de tóxicos en el agua. Resultados del Simposio del agua celebrado en el CUCS de la U de G, los días 12-14 de nov. De 2008.

¹² Aprobada en la ciudad de México el 21 de marzo 2000.

¹³ BLANCO, C. (2000). La tutela del agua a través del derecho penal, Barcelona, España. En similar sentido; José Luis De la cuesta Arzamendi, La tutela penal de las aguas continentales, Madrid, 1999, p. 15 y ss.

- b) La interpretación de los tipos penales y del propio título no solo menciona al medio ambiente sino a expresiones de salud, vida animal, bosques recursos naturales y recursos hídricos.
- c) La relevancia social de gran importancia del agua en la actualidad.

6. DERECHO PENAL COMPARADO EN MATERIA DE DERECHO PENAL DEL AGUA.

6.1 Italia

Las normas relativas al medio ambiente, establecidas en el código penal han sido objeto de algunas abrogaciones y reformas, conservando de esta manera una cierta autonomía relevante de aplicación, con penas bastante severas (pena de muerte, sustituida por el ergastolo - pena indefinida -)

Si prestamos atención a los aspectos particularmente de agresión a la salud pública por medio de contaminación de aguas, podemos vaticinar la preocupación del legislador en esta materia. Así pues, el art. 439 de envenenamiento del agua y sustancias alimentarias, establece que quien envenene el agua o sustancias destinadas a la alimentación, la pena será de reclusión no inferior a quince años, si del hecho se deriva la muerte de más personas se aplicara la pena del ergastolo¹⁴; tratándose de hechos más graves contra la salud pública relacionados a alimentos y bebidas, la extrema severidad de las penas está justificada por la particular gravedad del hecho contemplado en la misma norma, es decir cuando se adulteran bebidas alcohólicas, es por sí misma suficiente para justificar el extremo rigor de las penas.

La doctrina penal italiana ha subrayado que las aguas protegidas por esta disposición son todas aquellas destinadas al consumo humano. El art.

439, presenta una diversidad fundamental respecto a las conductas que van seguidas de este numeral, de esta manera los artículos 440-444, contienen un explícito referimiento al elemento de peligro contrariamente al art. 439. Sobre la base de estas consideraciones, algunos autores han sostenido la hipótesis integra de que son de un delito de peligrosidad presunta, con la consecuencia que el juez no sería llamado a verificar caso por caso la subsistencia del peligro; se trata de una interpretación sin duda coherente, también si la conducta deja ver un exceso mecanicismo. Los delitos culposos en materia de delitos contra el medio ambiente se establecen en el artículo 452¹⁵.

Sin embargo las reformas al Codice Penale Italiano, por el consejo de ministros del 24 de abril de 2007, establecen novedades como el desastre ambiental: contaminación ambiental, alteración al patrimonio natural de la flor y la fauna, tráfico ilícito de basura, tráfico de materiales radioactivos o nucleares; se encuentran entre las nuevas disposiciones que delegan al gobierno la reordenación, coordinación en la parte especial del Codice, bajo el título VI-Bis intitulado de los delitos contra el medio ambiente. De estas novedades se pueden señalar:

- Los delitos ambientales en forma organizada (la conocida ecomafía¹⁶).

¹⁵ Art. 452 - Delitti colposi contro la salute pubblica. Chiunque commette, per colpa, alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 438 e 439 è punito: [1] con la reclusione da tre a dodici anni, nei casi per i quali le dette disposizioni stabiliscono la pena di morte;] 2) con la reclusione da uno a cinque anni, nei casi per i quali esse stabiliscono l'ergastolo; 3) con la reclusione da sei mesi a tre anni, nel caso in cui l'articolo 439 stabilisce la pena della reclusione. Quando sia commesso per colpa alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 440, 441, 442, 443, 444 e 445 si applicano le pene ivi rispettivamente stabilite ridotte da un terzo a un sesto.

¹⁶ La palabra “ecomafía”, deriva de la palabra mafia, que es un neologismo acuñado por la asociación medioambiental conocida como “Legambiente”, esta asociación define la ecomafía como aquellos grupos delictivos que se dedican al tráfico de residuos y su eliminación, además de construcciones clandestinas a gran escala, (yacimientos de minerales, petróleo etc.) contrabando de animales en peligro de extinción, y del saqueo del patrimonio cultural y natural, vid. <http://www.legambiente.it/>

¹⁴ Esta pena viene establecida en sustitución de la pena de muerte por el Decreto Legislativo 224/44.

- “Arrepentimiento operario”, (es una especie de figura del “arrepentido” en derecho penal)¹⁷ con la disminución de las penas hasta por la mitad a dos tercios en los casos de colaboración con la justicia o de policía.
- La causa de no punibilidad para quien voluntariamente evite el peligro o bien elimine el daño por el provocado, antes de que se haya ejercitado la acción penal
- Las sanciones por daño económico, que prevé penas de prisión de dos a seis años y multas de entre veinte mil y sesenta mil euros cuando la eliminación de los daños son especialmente complejos de carácter técnico, o especialmente gravosas o logrados por las medidas excepcionales.

El artículo 452-bis el más representativo de protección del agua se escribe bajo el título Contaminación ambiental, con la pena de reclusión de uno a cinco años y con multa de cinco mil a treinta mil euros, para cualquiera que ilegítimamente invierta en el ambiente sustancias o energías ocasionando o contribuyendo a ocasionar el peligro concreto de un deterioro durable o relevante a) de las originarias o preexistentes calidad del suelo, del agua o del aire, b) para la flora y para la fauna selvática. La formulación de la norma, se ha detenido a distinguir varios componentes del medio ambiente, para evitar superposiciones y confusiones normativas; la locución ilegítimamente expresa, la violación de disposiciones legislativas, reglamentos o decisiones de la comunidad, sin causas de justificación.

6.2 España

La protección del medio ambiente para los españoles, se encuentra en su joven Constitución de 1978, artículo 45:

¹⁷ BARBA, A. (2006). Análisis jurídico-penal del derecho premial en México. CUCiénega. El autor analiza los artículos 35 y 36 de la Ley federal contra la delincuencia organizada, describiendo magistralmente la figura del arrepentido en el derecho penal mexicano y comparado.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida, defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

De esta manera el código penal de 1995, crea un capítulo autónomo: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Específicamente la protección del agua por el legislador español se puede señalar que se encuentra compartido con las modalidades del medio ambiente suscrito en el código penal, así el art. 325 establece que:

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

De este artículo matriz podemos deducir como lo señala Silva Sánchez, que su estructura es compleja, (SILVA: 1999: 23, ss.) pues exige una configuración claramente resultativa, en el plano físico natural; resultados sobre determinados objetos con una relación causal, por lo que el legislador consideró que la acción determinará las formas de causación, describiendo en lo general delitos de peligro abstracto.

El artículo 327 considera que la función del juez o del Tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en las fracciones a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años, o e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años, del art. 129.

Los artículos relacionados al agua se encuentran de manera general sin especificación directa sobre aquélla, pero sí consistentemente indirecta, por ejemplo el artículo 328 con penas claramente disminuidas de las otras relacionadas a la protección penal del ambiente: “Serán castigados con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas”.

6.3 Brasil

La legislación brasileña mantiene un concepto de medio ambiente el cual se puede extraer de las Leyes: núm. 6.938, de 1981 y núm. 7.804 de 1989, incidiendo; al conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico, que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas. En este sentido, la responsabilidad penal en los delitos ambientales relacionados con el agua es mínima, pues el legislador no ha apurado el tipo penal por el

bajo significado que se tiene, (PASSOS: 2000) sin embargo existe una legislación que puede cambiar esta perspectiva; estamos hablando de la Ley 9.605/98 (lei de crimes ambientais)¹⁸ art. 54: “Causar contaminación de cualquier tipo a tal nivel que resulta o puede resultar en daño para la salud humana o causar la muerte de los animales o la destrucción significativa de la flora”

Esta ley innovó la previsión de forma culposa del crimen de contaminación, así si la acción contaminadora fue causada, no por dolo, sino por imprudencia, negligencia o impericia, habrá delito y se aplica la pena de detención de seis a un año de multa, conforme al párrafo 1ero. del artículo 54 de esta ley.

Sin embargo el párrafo 2do. De la misma ley prevé penas más severas para hechos que representen resultados más graves. Es lo que conocemos como los delitos por el resultado, según lo dispuesto en el inciso III de este párrafo: ...III - Causar contaminación del agua que hace que sea necesario interrumpir el suministro de agua potable de una comunidad”. La pena será de reclusión de una a cinco años sin aplicación de multa.

La misma ley contempla en su sección IV, la protección de las aguas marinas, criminalizando a quien dificulte o impida el uso público de las playas. La reflexión más común para este tipo de crimen es la que se conocen como “mareas negras”, ésta es provocada por el vertido accidental de petróleo debido a un naufragio de un barco petrolero o una plataforma petrolífera, cercana a las aguas costeras; los daños al ecosistema son irreversibles y producen grandes pérdidas a la fauna acuática. Quizás el ejemplo más representativo de los efectos nocivos de la marea negra, lo podemos extraer del accidente ocurrido en las zonas

¹⁸ Sancionada el dia 12 de febrero de 1998 Publicada en el Diario Oficial de 13 de febrero de 1998, sección 1, página 1.

costeras de Galicia España, por el hundimiento del barco Prestige en el año de 2002¹⁹.

Otro artículo de la presente ley que establece daños a la fauna acuática es el 33. Provocar, por la expedición o transporte de materiales radiactivos, la muerte de las especies de la fauna acuática en ríos, lagos, estanques, lagos, bahías o las aguas de Brasil.

En el código penal brasileño, existen muy pocas disposiciones relacionadas a la protección de las aguas, uno de ellos es el artículo 161 párrafo 1ero. Establece la conducta de usurpación de aguas, en este tipo penal el requisito que se exige es el elemento subjetivo el dolo y la voluntad consiente para impedir el uso de las aguas; por otro lado, los artículos 245 al 255 establecen las penas por inundación, estos se pueden ocasionar por acción u omisión. Como podemos ver Brasil no se ha preocupado demasiado por legislar en materia de derecho penal del agua, existe una ley que penaliza la contaminación como acción de las aguas dándole una importancia relevante para la conservación de las aguas limpias.

6.4 México

En México existe bastante legislación en materia de derecho ambiental, misma que parte del precepto 4to. Constitucional “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”, además se encuentran los siguientes artículos: 27 que se refiere a la conservación de los recursos naturales, 73 fracción XVI el cual hace referencia a la prevención y al control de la contaminación ambiental y, el 25 párrafo sexto, que estima el cuidado del medio ambiente, con motivo de la regulación del uso de los recursos productivos de los sectores social y privado,

¹⁹ Entre las especies presentes en la zona del hundimiento del Prestige cabe destacar 90 tipos diferentes de peces, 11 de tiburones y numerosas especies de esponjas, estrellas y corales, que se vieron afectados por esta catástrofe Vid. <http://www.greenpeace.org/espana/reports/prestige-cr-nica-de-una-marea>

además de la constitucionalización del medio ambiente contamos con leyes secundarias²⁰.

Como podemos observar existen muchas leyes tratando de cubrir todos los espacios relativos al medio ambiente; por lo tanto y con la finalidad de limitar nuestro trabajo solo abordaremos las más importantes relacionadas con el agua, en este sentido el punto de partida será la Ley general de equilibrio ecológico y la protección al ambiente.

²⁰ Ley general de salud. 1984. Ley federal para prevenir y controlar la contaminación ambiental (LFCCA) 1971 a 1982. Ley federal de protección al ambiente (LFPA) 1982 a 1988. Ley general del equilibrio ecológico y la protección al ambiente (LGEEPA) 1996 a la fecha (modificaciones de dic. 96) esta ley contiene cuatro reglamentos: 1) En Materia de Impacto Ambiental. 2) En Materia de Residuos Peligrosos. 3) En Materia de Evaluación del Impacto Ambiental. 4) En Materia de Prevención y Control de la Contaminación Atmosférica. Ley de aguas nacionales. Ley nacional del mar. Ley Federal de Derechos en Materia de Agua, Reglamento contra la contaminación originada por la emisión de ruido, Reglamento para el control de la contaminación generada por vehículos en el distrito federal, Reglamento contra la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias, calidad de aguas residuales calidad de emisiones a la atmósfera control de residuos peligrosos medición, Reglamento en prevención y control de contaminación de agua. 1. Registro de contribuyentes 2. Registro de descargas de aguas residuales 3. Condiciones particulares de descarga 4. Permiso de aprovechamiento de agua 5. Planos de instalaciones de drenaje 6. Biatcorade análisis de aguas residuales. Actualmente están en vigencia tres normas sobre descarga de agua residual: 1) NOM-001-ECOL-1996, Que establece los límites máximos permisibles de contaminantes en las descargas de aguas residuales en aguas y bienes nacionales. NOM-001-ECOL-1996, Que establece los límites máximos permisibles de contaminantes en las descargas de aguas residuales en aguas y bienes nacionales. Su objetivo es proteger la calidad de las aguas y bienes nacionales, revertir su deterioro y posibilitar los usos posteriores del agua. 2) NOM-002-ECOL-1996 Que establece los límites máximos permisibles de contaminantes en las descargas de aguas residuales al alcantarillado urbano y municipal. 3) NOM-003-ECOL-1996, Que establece los límites máximos permisibles de contaminantes para las aguas residuales tratadas que se rehusen en servicios al público. Sólo las dos primeras tienen alguna aplicación a la actividad pecuaria; en el primer caso cuando se descarga a un cuerpo de agua o terreno propiedad de la nación y, en el segundo, cuando las granjas se localizan en zonas urbanas o periurbanas.

Esta ley formó parte de las reformas constitucionales que se llevaron a cabo en los años ochentas, bajo el mandato de Miguel de la Madrid, justificando su creación para; “fortalecer la política ecológica y contar con mejores instrumentos para preservar los recursos naturales y elevar la calidad de vida de la nación” (EL HERALDO DE MÉXICO: 1987: 1, 12) este mismo comunicado expresaba la preocupación del agua en los siguientes términos: “este proyecto de ley dispone por lo tanto que sean descentralizadas a las entidades federativas y a los municipios las facultades de prevenir y controlar las contaminaciones atmosféricas; de participar en la prevención y control de la contaminación de las aguas, especialmente en la que se refiere al agua uso o consumo humano en los centros de población...”. (EL HERALDO DE MÉXICO: 1987: 1, 12)

Con relación al objeto que nos ocupa la Ley en su capítulo III estima la; “Prevención y Control de la Contaminación del Agua y de los Ecosistemas Acuáticos”, concretamente el art. 118 establece los criterios para la prevención y control de la contaminación del agua²¹. Las

sanciones administrativas vienen especificadas en el art. 171, estableciendo desde la multa hasta el arresto por 36 horas, para la imposición de estas sanciones se tomará en cuenta: la gravedad de la infracción, las condiciones económicas del infractor, la reincidencia, el dolo o la imprudencia de la acción o de la omisión y, el beneficio obtenido directamente por el infractor por los actos violatorios. Mientras tanto, los delitos de orden federal se encuentran plasmados en el capítulo VI de la misma Ley, dándole atribuciones a la Secretaría del Medio Ambiente la cual formulará ante el Ministerio Público Federal la denuncia correspondiente (art. 182); de igual manera, la Secretaría actuará en el ámbito de su competencia, como facilitadora de dictámenes técnicos o periciales solicitados por el MP o autoridades correspondientes, además de coadyuvar con el MP en los términos fijados por el derecho penal adjetivo.

El Título vigésimo quinto del Código Penal Federal sobre delitos contra el medio ambiente y gestión ambiental, establece en el Capítulo I de las actividades tecnológicas y peligrosas una gran variedad de actos y omisiones que perjudican el medio ambiente, de una manera bastante integral al señalar en el artículo 414 que:

Se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa al que ilícitamente, o sin aplicar las medidas de prevención o seguridad, realice actividades de producción, almacenamiento, tráfico, importación o exportación, transporte, abandono, desecho, descarga, o realice cualquier otra actividad con sustancias consideradas peligrosas por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables, radioactivas u otras análogas, lo ordene o autorice, que cause un daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua, al suelo, al subsuelo o al ambiente.

La misma pena se aplicará a quien ilícitamente realice las conductas con

²¹ I. La expedición de normas oficiales mexicanas para el uso, tratamiento y disposición de aguas residuales, para evitar riesgos y daños a la salud pública; II.- La formulación de las normas oficiales mexicanas que deberá satisfacer el tratamiento del agua para el uso y consumo humano, así como para la infiltración y descarga de aguas residuales en cuerpos receptores considerados aguas nacionales; III. Los convenios que celebre el Ejecutivo Federal para entrega de agua en bloque a los sistemas usuarios o a usuarios, especialmente en lo que se refiere a la determinación de los sistemas de tratamiento de aguas residuales que deban instalarse; IV.- El establecimiento de zonas reglamentadas, de veda o de reserva en términos de la Ley de Aguas Nacionales; V. Las concesiones, asignaciones, permisos y en general autorizaciones que deban obtener los concesionarios, asignatarios o permisionarios, y en general los usuarios de las aguas propiedad de la nación, para infiltrar aguas residuales en los terrenos, o para descargarlas en otros cuerpos receptores distintos de los alcantarillados de las poblaciones; y VI. La organización, dirección y reglamentación de los trabajos de hidrología en cuencas, cauces y álveos de aguas nacionales, superficiales y subterráneos. VII.- La clasificación de cuerpos receptores de descarga de aguas residuales, de acuerdo a su capacidad de asimilación o dilución y la carga contaminante que éstos puedan recibir.

las sustancias enunciadas en el párrafo anterior, o con sustancias agotadoras de la capa de ozono y cause un riesgo de daño a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a los ecosistemas, a la calidad del agua o al ambiente.

En el caso de que las actividades a que se refieren los párrafos anteriores, se lleven a cabo en un área natural protegida, la pena de prisión se incrementará hasta en tres años y la pena económica hasta en mil días multa, a excepción de las actividades realizadas con sustancias agotadoras de la capa de ozono. Cuando las conductas a las que se hace referencia en los párrafos primero y segundo de este artículo, se lleven a cabo en zonas urbanas con aceites gastados o sustancias agotadoras de la capa de ozono en cantidades que no excedan 200 litros, o con residuos considerados peligrosos por sus características biológico-infecciosas, se aplicará hasta la mitad de la pena prevista en este artículo, salvo que se trate de conductas repetidas con cantidades menores a las señaladas cuando superen dicha cantidad.

El art. 416 establece que:

se impondrá pena de uno a nueve años de prisión y de trescientos a tres mil días multa, al que ilícitamente descargue, deposite, o infiltre, lo autorice u ordene, aguas residuales, líquidos químicos o bioquímicos, desechos o contaminantes en los suelos, subsuelos, aguas marinas, ríos, cuencas, vasos o demás depósitos o corrientes de agua de competencia federal, que cause un riesgo de daño o dañe a los recursos naturales, a la flora, a la fauna, a la calidad del agua, a los ecosistemas o al ambiente. Cuando se trate de aguas que se encuentren depositadas, fluyan en o hacia un área natural protegida, la prisión se elevará hasta tres años más y la pena económica hasta mil días multa.

Debemos destacar que los artículos hablan sobre delitos de resultado y delitos de peligro abstracto, los cuales reflejan la pésima calidad de técnica legislativa al constituir estos delitos como de segundo orden de importancia para la calidad de vida, pues aparentemente se protege más otros bienes jurídicos (delitos en contra la seguridad de la nación) que a la fauna y a la flora; mientras que el tipo objetivo se estructura de manera compleja por, el resultado esperado “daño” con los que las acciones descritas dejan ver su nexo causal, se impone que sean analizadas desde un punto de vista normativo-pericial; lo cual direcciona el bien jurídico hacia una norma secundaria (LGEEPA). El segundo párrafo complica el valor de los bienes jurídicos, al considerarlos como delitos de peligro abstracto “cause un riesgo”, pues el artículo no exige la lesión del bien jurídico, conformándose con la conducta; ésta lo pueda poner en peligro, por lo que de lege ferenda, proponemos que el tipo se configure como delito de peligro concreto para distinguir entre la relación de la conducta con el objeto de la acción y la relación de la conducta con el objeto del bien jurídico, en este caso el resultado de la acción constituiría la base de la situación típica del peligro. En síntesis: sería el resultado de la acción lo que convertiría a ésta, en su caso, en peligrosa. (SILVA: 1999: 24) El artículo 416 utiliza la palabra “ilícitamente”, agravando obviamente las conductas derivadas del precepto, en nuestro lenguaje jurídico debe entenderse como “dolosamente”, ya que la intencionalidad subjetiva expresa de una forma más apremiante la prueba de voluntad.

7. PROPUESTAS

1. Debemos de empezar a discutir de manera más concreta y efectiva la tasación del agua (y así justificar su función social) para que su utilización sea la más adecuada por los habitantes y éstos puedan tener mínimamente la utilización del agua para sus necesidades básicas.

2. Que el legislador deje su letargo legislativo y comience con el diseño de una ley concerniente a “los delitos contra el agua”, proponiendo:
 - a) Insertar en el Código Penal los delitos graves contra el agua.
 - b) La previsión de las penas adecuadas (prisión).
 - c) La responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo de delitos.
 - d) La contaminación del agua, como delito de peligro concreto.
 - e) Tipificar el delito contra el agua cuando una organización criminal lo realiza (delitos cometidos por la delincuencia organizada).
5. Dicho de otra manera para los delitos graves contra el agua, no existe un interés explícito por los poderes ejecutivo y legislativo; sin embargo, su inclusión podría inducir a un impacto ambiental notable, fortaleciendo los derechos fundamentales de tercera generación.

8. CONCLUSIONES

1. Las violaciones a los delitos contra el agua, por ser un derecho solidario del medio ambiente, y un derecho fundamental debe ser protegido penalmente, con rigurosidad, con penas infalibles.
2. La tutela penal del agua va más allá de los bienes jurídicos de primera generación, por lo que se debe asegurar este recurso natural para las generaciones actuales y futuras, pues la tutela hoy en día resulta fragmentaria e ineficaz.
3. Porque México tiene la responsabilidad política y cultural de los límites de la legislación, como se ha demostrado en la firma de tantos Tratados Internacionales relacionados con el agua, el impacto de la futura ley (codificación penal) será verdaderamente positiva en el contexto amplio del resguardo del agua en materia penal.
4. Porque sólo como última razón que tiene el Estado para la protección de bienes jurídicos difusos, es como se resolverá la impunidad de tantas personas irresponsables que desperdician, ensucian y despersonalizan el uso tan limitado que tenemos de este recurso natural.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AMÁNDOLA, G. (1972). Inquinamento hídrico e legislazione penale. Milano, Italia.
- ARAUJO, A. D. (2002). A função social da água, en a tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais. Bauru, Sou Paulo.
- BARBA, A. (2006). Análisis jurídico-penal del derecho premial en México. CUCiénega.
- BLANCO, C. (2000). La tutela del agua a través del derecho penal, Barcelona, España.
- CABRERA, L. (2007). El derecho a un medio ambiente adecuado, En La Constitución y el medio ambiente. UNAM.
- DE LA CUESTA, J. L. (1999). La tutela penal de las aguas continentales. Madrid, España.
- DE LA CUESTA, P. M. (1998). La protección del agua el aire y el suelo en el código penal del Paraguay de 1998.
- MANTOVANI, F. (2007). Diritto penale Parte generale. Milano, Italia.
- DA SILVA, J. A. & RODRIGUES, N. L. (2002). En W, R, AMARAL. A tutela da água e algumas implicações nos direitos fundamentais. Bauru: ITE.
- GOMEZ, F, BIANCHINI, L. & GARCIA, A. (2009). Direito penal, introdução e princípios fundamentais, (2da. Ed.) Revista dos tribunais.
- MASSARUTTO A. (2008), L'acqua, Il Mulino, Bologna, Italia.

MORILLAS, L. (2004). Protección penal del agua. Cuadernos de Política Criminal, segunda época, 82, 44-ss.

PASSOS, V. (2000). Águas, Aspectos Jurídicos e Ambientais. Juruá Editora.

SILVA, J. M. (1999), Delitos Contra el Medio Ambiente, Valencia, España: Tirant Lo Blanch,

ZARAGOZA, J. AGUILERA, R. E. & NÚÑEZ, M. (2007). Los derechos humanos en la sociedad contemporánea. Monterrey, México: UANL.

Paginas web a consultar.

http://www.unesco.org/water/wwap/index_es.shtml

<http://www.tragua.com/es/>

<http://www.legambiente.it/>

<http://www.greenpeace.org/espana/reports/prestige-cr-nica-de-una-marea>

Documentos.

DIRECTIVA. 2000/69/CE.

RESULTADOS DEL SIMPOSIO AGUA Y SALUD. (2008). El Agua Nuestra de Cada Día, celebrado en Guadalajara.

EL HERALDO DE MÉXICO. (1987). Comunicado de prensa por la que se emitía la propuesta legislativa por parte del ejecutivo federal, El Heraldo de México, pp. 1,12.

LA JORNADA. (2007). 12 de noviembre.