



Tel. 2222-5842
Fax. 2256-3503

Fiscalía General de la República
Ministerio Público - Poder Judicial
San José, Costa Rica

fgeneral@poder-judicial.go.cr

27 de noviembre de 2019

Oficio: SICE FGR-399-2019

Señores:

Comisión Permanente de Asuntos Sociales

Asamblea Legislativa

Reciba un respetuoso saludo. En respuesta a su misiva con número de oficio AL-CPAS-807-2019 de fecha 04 de noviembre de 2019, remitida a esta Fiscalía General de la República, en la que se solicitó el criterio jurídico del Ministerio Público relativo al proyecto N° 21.584 denominado: **“LEY PARA EL DESARROLLO SOCIAL MEDIANTE LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD MINERA METÁLICA”**, sobre el particular, me permito exponerle la posición del Ministerio Público.

Históricamente, Costa Rica ha desarrollado varias fórmulas para regular la minería. La más importante es el propio Código de Minería. En él se definieron los tipos de actividades que se pueden desarrollar y los sitios autorizados para ello, así mismo, definió ciertas prohibiciones a la actividad, algunas de las cuales tipificó como delitos y se encuentran descritos en los artículos 139, 140 y 141.

El delito básico en esta materia, consiste en realizar actividades de reconocimiento, exploración o explotación de material minero sin contar con la autorización correspondiente emitida por la Dirección de Geología y Minas del MINAE. Para comprender los alcances de la norma, es indispensable repasar los escenarios autorizados para realizar esas conductas y las normas que los regulan.

Antecedentes normativos

El proyecto bajo análisis busca regular, únicamente, la minería metálica, dejando de lado todos los demás tipos de minería, tales como la minería de gas, petróleo, agregados de construcción. Por ello, revisaremos la regulación que históricamente se promulgó en Costa Rica, para poder analizar su evolución y fundamentos.

El código de minería vigente, entró a regir a partir del 22 de octubre de 1982. En él se definió los tipos de minería autorizados en Costa Rica, las modalidades de explotación, la autoridad encargada de otorgar los permisos respectivos, entre otros. Sin embargo, no se pronunció sobre la minería metálica, por lo que, para esa época no existía ninguna prohibición al respecto.

El 12 de junio de 2002, mediante decreto ejecutivo 30477-MINAE, se estableció una moratoria nacional para la actividad de minería metálica de oro a cielo abierto en el territorio nacional, por plazo indefinido. Al concordar este decreto con el Código de Minería, se concluye que la prohibición aplica únicamente a aquellas actividades que se realicen de modo superficial o también conocido como “a cielo abierto”, no así la minería que se realice de forma subterránea con túneles. La prohibición permitió definir límites de la tipicidad del delito de minería ilegal, pues, toda minería metálica a cielo abierto constituía delito de conformidad con las normas comentadas.

El 04 de junio de 2008, entró en vigencia el decreto ejecutivo 34492-MINAE, denominado “salvaguarda ambiental para la minería”. En él se derogó el decreto ejecutivo 30477-MINAE, por considerar lo siguiente:

“VI.-Que a la fecha no se han identificado los estudios programados por la anterior Administración, ni se han determinado los beneficios económicos y ambientales de mantener la moratoria establecida. Sin embargo, esta Administración en uso de sus potestades discrecionales, ha diseñado una salvaguarda ambiental en minería metálica y no metálica.”

Ese razonamiento entra en conflicto con los principios ambientales preventivo y precautorio, así como el principio ambiental de inversión de la carga de la prueba. De

conformidad con esos principios, para levantar una medida de protección al ambiente, se debe de acreditar que la actividad no generará impacto, o que los mismos pueden ser controlados. Sin embargo, el nuevo decreto, invirtió el discurso y dispuso levantar la medida de protección dado que no encontró pruebas que fundamentaran su permanencia.

Merced a este decreto, la minería metálica a cielo abierto dejó de ser ilícita en si misma, por lo que, únicamente se podía perseguir como delictiva, aquella conducta que se realizara sin autorización de la DGM.

El 11 de mayo de 2010, entró en vigencia el decreto ejecutivo 36019-MINAE denominado "Reforma decreto ejecutivo N° 35982-MINAET "Se decreta Moratoria en Minería" , y decreto ejecutivo N° 34492 "Salvaguarda ambiental para la minería" En este nuevo decreto, se derogó el n° 34492-MINAE en cuanto a la autorización para realizar minería metálica de oro a cielo abierto. Además, de modo expreso retomó la prohibición para dicha actividad, adicionándole que se entiende como minería metálica de oro la exploración, explotación y el beneficio de los materiales extraídos utilizando cianuro o mercurio.

Por último, el 10 de febrero de 2011 comenzó a regir la ley 8904, misma que adicionó al Código de Minería un artículo 8 bis el cual establece:

“Artículo 8 bis.- No se otorgarán permisos ni concesiones para actividades de exploración y explotación de minería metálica a cielo abierto en el territorio nacional. Se establece que como excepción se otorgarán, únicamente, permisos de exploración con fines científicos y de investigación.”

Estas normas aún están vigentes y corresponden al marco jurídico aplicable. Por ellas, la minería metálica de oro realizada de forma superficial, es ilícita per se.

Sobre el proyecto de ley

El proyecto analizado propone las siguientes modificaciones al ordenamiento jurídico:

"ARTÍCULO 1- Potestad

El Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Ambiente y Energía, podrá otorgar permisos para la exploración y concesiones para la explotación de minerales metálicos bajo la modalidad subterránea, y en caso de no ser posible, técnicamente demostrado, se podrá otorgar concesiones para la explotación de minerales metálicos bajo la modalidad superficial siempre que se trate de mediana minería, pequeña minería y minería artesanal.

Corresponderá a la Dirección de Geología y Minas la tramitación de las solicitudes y la recomendación de otorgamiento de los permisos y concesiones al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio de Ambiente y Energía.

ARTÍCULO 2- Definiciones y Abreviaturas

Para la aplicación de la presente ley se define:

Mediana minería: Toda actividad minera, que, mediante el trabajo empresarial o colectivo, y mecánico, extraiga una cantidad de material igual o menor a 150 mil toneladas métricas por mes.

Pequeña minería: Toda actividad minera, que, mediante el trabajo colectivo, manual y mecánico, extraiga una cantidad de material igual o menor a tres mil toneladas métricas por mes.

Minería artesanal: Toda actividad minera, que, mediante el trabajo colectivo, y manual, extraiga una cantidad de material igual o menor a 75 toneladas por mes. Esta labor deberá ser realizada por personas jurídicas o físicas, con residencia

legal o vecinos permanentes del cantón donde se ubica el yacimiento que se desea explotar.

ARTÍCULO 17- Prohibición

Se prohíbe el uso de mercurio en cualquier fase de la actividad de beneficiamiento.

ARTÍCULO 48- *Se deroga la Ley N.º 8904, Ley para Declarar a Costa Rica País Libre de Minería Metálica a Cielo Abierto, y sus reformas."*

La minería metálica subterránea no está prohibida en Costa Rica, por lo que, no se estaría ampliando o flexibilizando la regulación para ella. Sin embargo, el texto propone reactivar la minería metálica de oro a cielo abierto en los casos en que la minería subterránea no sea viable técnicamente.

A nivel penal, esta autorización incidirá directamente en la tipicidad, pues, si el sujeto activo cuenta con una concesión minera de ese tipo y se adecúa a los lineamientos, no cometerá el delito de minería ilegal. Actualmente ese tipo de minería es ilícita por sí misma y ningún funcionario está autorizado para permitir su explotación.

Existe la tentación de sostener como argumento que, dicha reforma no afecta ningún otro elemento del derecho penal, nada más alejado de la realidad, pues, en última instancia el derecho penal existe para resolver conflictos jurídicos en los que se lesionó algún bien jurídico y por ello, cualquier reforma legal que permita una actividad previamente prohibida, afectará en mayor o menor grado algún derecho. En el escenario que nos ocupa, la norma propuesta afecta el derecho fundamental al ambiente sano, desarrollado en el artículo 50 de la Constitución Política y nos obliga a estudiar cómo será esa afectación.

Innegablemente el derecho a gozar de un ambiente sano corresponde a un derecho humano y como tal, cualquier afectación al mismo deberá de ser dictaminada a la luz de los principios que rigen la materia. El proyecto de ley al autorizar una actividad que previamente fue prohibida en 3 oportunidades, nos obliga a revisar todo su contexto a la luz del principio de progresión de los derechos humanos. De conformidad con ese principio,

cualquier actividad Estatal debe de procurar el avance del derecho humano en juego, deber que abarca a la Asamblea Legislativa al emitir las leyes de la República.

En el dictamen presentado por la Comisión Permanente Especial de Ambiente, sobre el proyecto de ley 15948, que fue aprobado como ley de la República 8904, denominada ley para declarar a Costa Rica país libre de minería metálica a cielo abierto, entre sus motivos destacaron:

“PRINCIPALES EFECTOS AMBIENTALES DE LA MINERÍA METÁLICA

Debido a que los yacimientos minerales se presentan en el subsuelo, es decir, debajo del suelo, para extraerlos, se debe llegar a ellos. En el caso de la minería a cielo abierto, se deben eliminar lo que hay encima del yacimiento que, paradójicamente en el lenguaje minero se le llama “estéril”.

Así para construir un tajo a cielo abierto se debe eliminar por completo toda la cubierta vegetal que se encuentre sobre el yacimiento y alrededor del mismo. Esto para que haya movilidad para el equipo minero e instalar las obras para el procesado minero. Nótese que al decir “cubierta vegetal”, puede tratarse de cualquier tipo, desde pastos y charrales, hasta (bosques primarios) que tienen cientos o miles de años de existir. En este último caso no solo se trata de los árboles que se eliminan, sino de toda la vida que vive en ese bosque, incluyendo (mamíferos, reptiles, aves, insectos), etc., es decir (todo el ecosistema) es afectado.”

Además:

“Debido a los cambios en la topografía que provoca la minería a cielo abierto, se afectan también los cursos de agua superficial. En ocasiones se eliminan por completo en el área de explotación. Además debido a que se elimina la cobertura vegetal, los ríos o quebradas que reciben las aguas superficiales provenientes del sitio de explotación, se cargan de sedimentos, principalmente lodos, que afectan la flora y fauna, como los peces que viven en esos cursos de agua. También se afecta la calidad del agua de esos ríos, y el uso que se hace de ellos, como la toma de agua para comunidades o bien, el abrevado de ganado.

Con la profundización de la explotación minera en el subsuelo, se pueden alcanzar los mantos de aguas subterráneas que hay allí, es decir, los acuíferos subterráneos. En las rocas del subsuelo, llenando los espacios porosos se pueden acumular grandes volúmenes de agua, proveniente de las aguas de lluvia que se infiltran al suelo y pasan al subsuelo, durante miles de años. Así, esos reservorios de agua simulan como grandes “tanques de almacenamiento” de agua que pueden ser aprovechados por medio de pozos o en sus salidas a la superficie (manantiales) para diferentes usos humanos: consumo para las poblaciones, agricultura, industria y actividades agropecuarias, entre otras.”

Entre muchos otros efectos que se exponen en el dictamen, pero que no se transcriben para no saturar este informe, que fueron tomados en consideración por nuestros legisladores, se concluyó que la minería metálica a cielo abierto, genera un altísimo y negativo impacto ambiental. Por su lado, el proyecto que nos ocupa, no toma en consideración esas graves afectaciones, pese a que el principio de progresión impone el deber de fundamentar el por qué es necesario afectar el derecho humano al ambiente para favorecer una actividad eminentemente económica.

Considero que aprobar el proyecto, tal y como está redactado, corresponde a un grosero retroceso al derecho humano consagrado en el artículo 50 de la Constitución Política, mismo que de conformidad con el Derecho Penal Costarricense, corresponde al bien jurídico tutelado por nuestra legislación penal ambiental.

Pese a que el Ministerio Público, es un ente apolítico, no debe cerrar los ojos ante amenazas que pesan sobre los bienes jurídicos, que por mandato legal le corresponde defender, de ahí, que no consideramos viable la aprobación de ese proyecto de ley a la luz de los principios del derecho ambiental costarricense.

Valga aclarar que, a pesar de que el proyecto de ley establece que se autorizará la “modalidad superficial”, este término es sinónimo de “modalidad a cielo abierto”, de ahí que, siempre se podrán utilizar estos conceptos de modo indiferente y no se debe caer en error de considerarlos como dos actividades distintas.

Respecto a la prohibición del uso del mercurio, es necesario señalar que el decreto ejecutivo 36019-MINAE, desde el año 2010 prohibió el uso no sólo de mercurio, sino también de cianuro para las actividades mineras de oro. Esa prohibición guarda una estrecha relación con la razón de prohibir la minería metálica a cielo abierto y responde al nexo directo que existe entre la extracción de oro y el uso de esos químicos. El cianuro es una sustancia altamente tóxica y peligrosa, en muy pequeñas cantidades puede provocar la muerte de una persona y se puede propagar por medio aéreo, líquido y sólido, siendo cualquiera de sus formas letal. Ese químico se utiliza en la industria, únicamente para la extracción del oro ya que separa la materia orgánica del mineral meta. El problema radica en que, una vez utilizado el químico, es vertido sin recibir ningún tipo de tratamiento para descontaminación al suelo o a los cuerpos de agua cercanos al sitio de aprovechamiento, lo que provoca la contaminación de esas matrices y la afectación a la vida silvestre (flora y fauna) que depende de ellos. Actualmente se han detectado casos en la provincia de Guanacaste, donde personas inescrupulosas han trasladado cianuro en autobuses con pasajeros. Esto genera un altísimo riesgo de intoxicación por inhalación de cianuro al sublimarse producto de las temperaturas propias de la zona de La Cruz y Liberia. Esos casos fueron atendidos por el Ministerio Público y se procesaron por el delito de transporte de sustancias peligrosas sin autorización. Pese a que actualmente está prohibido, las personas continúan transportando cianuro sin tomar ninguna medida de seguridad, de manera que, si se aprueba el texto actual, se permitiría el uso del cianuro libremente para la extracción de oro, pues el artículo 17 del proyecto, únicamente hace referencia al mercurio, por lo que, únicamente éste permanecerá prohibido.

Bajo este escenario, permitir el uso de cianuro significará un retroceso en la protección del derecho humano a la salud, por lo que desde ese punto de vista el proyecto riñe con el principio de progresividad de la normativa ambiental.

Conclusión

Por las razones anteriormente apuntadas se considera que el proyecto de ley de comentario trae aparejadas una serie de consecuencias que inciden negativamente en la política criminal del país en material ambiental.

De aprobarse el proyecto de ley, derogaría la ley 8904 que prohíbe la minería metálica a cielo abierto; igualmente permitiría dicha actividad en escalas considerables de terreno, tal y como lo sería la explotación en áreas de 150 hectáreas, circunstancia que conlleva el cambio de uso de suelo de bosque (prohibido en nuestro país) y la desaparición de importantes ecosistemas, pues está documentado que en los sitios donde se tiene certeza de abundancia del mineral oro coinciden con áreas ambientalmente frágiles por contener bosque, acuíferos e importante biodiversidad.

Se pasaría de permitir únicamente la minería en pequeña escala para subsistencia familiar, minería artesanal y de coligalleros, para empezar a autorizar minería a escalas superiores (mediana minería) y con el uso de técnicas contaminantes, tal es el caso de aquellas de lixiviación con el uso de sustancias peligrosas.

En suma, el proyecto de ley despenalizaría la actividad de minería metálica de oro a cielo abierto, al contemplarse la posibilidad de su autorización; permitiría el uso de metales pesados de suerte que eventualmente despenalizaría conductas que actualmente encuentran sanción en la Ley para la Gestión Integral de Residuos que tutela el recurso hídrico; y, favorecería el cambio de uso del suelo de terrenos de bosque, así como a afectación de superficies de importancia hidrogeológica. Es así como se considera que el proyecto violenta el principio de progresividad del derecho ambiental, ya que la legislación costarricense prohibió la minería metálica a cielo abierto por generar graves impactos al ambiente, tales como eliminación de ecosistemas, contaminación de fuentes de agua y pérdida de biodiversidad.

Sin otro particular, se despide atentamente:

Emilia Navas Aparicio
Fiscal General
Fiscalía General de la República

