

Venezuela: minería, derechos humanos y ambiente

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS. III. EL DECRETO DEL PODER EJECUTIVO QUE ESTABLECE EL ARCO MINERO DEL ORINOCO. IV. LA POSICIÓN DEL PODER LEGISLATIVO ANTE EL DECRETO QUE DECLARA EL ESTADO DE EXCEPCIÓN. V. LA POSICIÓN DEL PODER LEGISLATIVO ANTE EL DECRETO QUE CREA EL ARCO MINERO DEL ORINOCO. VI. LA REFORMA PARCIAL POR EL PODER LEGISLATIVO DEL DECRETO-LEY QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS. VII. EL NUEVO MARCO INSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD MINERA. VIII. LOS DERECHOS HUMANOS AFECTADOS CON LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO. IX. LOS ASPECTOS AMBIENTALES AFECTADOS CON LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO. X. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El presente trabajo se propone explicar la convulsionada situación que ha experimentado la materia ambiental durante el año 2016, desde la perspectiva internacional de los tratados sobre derechos humanos y el ambiente; así como de la perspectiva nacional a partir de lo dispuesto en la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos de estados de excepción y los decretos de ejecución, siendo que estos actos jurídicos de inferior jerarquía han sido avalados por las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, que han reconocido su constitucionalidad.

PALABRAS CLAVES: Oro – minerales estratégicos – Arco Minero del Orinoco – derechos humanos - ambiente

I. INTRODUCCIÓN

El sector minero ha sido objeto de sucesivas modificaciones normativas en 1999¹, 2000², 2001³, 2011⁴, 2014⁵ y 2015⁶ teóricamente orientadas a lograr un aprovechamiento eficiente y sostenible de los recursos naturales minerales.

Tales textos han sido analizados por la doctrina científica, que se ha ocupado de estudiar tanto el régimen general de la actividad minera⁷, como el régimen especial de la actividad aurífera⁸.

¹ Ley (Gaceta Oficial N° 5.382, 28/09/1999).

² Constitución de la República de Venezuela (G.O. N° 5.453, 24/03/2000, enmendada según G.O. N° 5.908, 19/02/2009).

³ Reglamento de la Ley (G.O. N° 37.155, 9/3/2001).

⁴ Decreto-Ley (G.O. N° 39.759, 16/09/2011), reformada según (G.O. N° 6.063, 15/12/2011).

⁵ Decreto-Ley (G.O. N° 6.150, 18/11/2014).

⁶ Decreto-Ley (G.O. N° 6.210, 30/12/2015).

⁷ Hernández-Mendible, Víctor R., La participación privada en la actividad minera y las cláusulas ambientales, *Regulación minero petrolera colombiana y comparada*, (Cop. Luis Ferney Moreno), 7 Colección de Regulación Minera y Energética, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 195-270; y del mismo autor, Las concesiones administrativas en la actividad minera, *Estudios Latinoamericanos sobre Concesiones y PPP*, (Coords. Andry Matilla Correa y Bruno Cavalcanti), Ratio Legis, Salamanca, 2013, pp. 347-388.

⁸ Brewer-Carías, Allan R., Comentarios sobre la Ley orgánica de nacionalización de la minería del oro y de la comercialización del oro, *Revista de Derecho Público* N° 127, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011, pp. 65-77; Figueiras Robisco, Alejandra, El decreto que reservó al Estado la actividad minera del oro, *Revista de Derecho Público* N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 307-309; Hernández-Mendible, Víctor R., La regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y su impacto sobre los medios de resolución de controversias, *Revista de Derecho Público* N° 130, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012, pp. 295-306; y del mismo autor, La reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas y auxiliares, *VII Congreso Iberoamericano de Regulación: Energía, Minería, Petróleo, Gas y Otros Sectores Regulados*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 385-410; La reforma de la regulación de la reserva del Estado de las actividades de exploración y explotación del oro, así como las conexas, *Revista de Derecho Público* N° 140, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2014, pp. 303-311; La vigente regulación en la exploración y explotación del oro en Venezuela, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería* N° 9, mayo-junio, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2016, pp. 165-195.

No obstante, cabe advertir que la más reciente modificación del penúltimo día de diciembre de 2015, -que ha servido de sustento para los demás cambios ejecutados en 2016-, no fue una reforma menor, pues desde el propio título del Decreto-Ley y luego en su objeto se ha ampliado el ámbito de aplicación a los minerales regulados por él y aunque se propuso como una reforma parcial del anterior Decreto-Ley que únicamente regía la minería del oro, se extendió su regulación a los demás minerales estratégicos, que aunque no son precisados en el texto, podrán serlo discrecionalmente por el propio Poder Ejecutivo en un momento posterior.

Esta nueva normativa podría implicar incluso una derogación de la legislación general minera, pues ya no se trata de un régimen especial para un mineral concreto -oro-, sino de un nuevo régimen general para el oro y los demás minerales estratégicos, que podrían terminar siendo todos en la medida en que el Poder Ejecutivo lo considere pertinente⁹. Esto es lo que se infiere del principio de temporalidad de la ley -la posterior deroga a la anterior- y del principio de especialidad de la ley -la especial se aplica con preferencia a la ley general, en la materia de su especialidad-, lo que podría conducir a una aplicación de esta última de manera directa y preferente, con respecto a la Ley de Minas, que únicamente resultaría de aplicación supletoria a todos los minerales calificados de estratégicos, además del oro.

La razón de tal cambio normativo sigue siendo idéntica a las anteriores reformas, la imperiosa necesidad del Gobierno de lograr la inversión en las actividades de exploración y explotación de los recursos naturales minerales, que le permitan obtener ingresos inmediatos y compensar el déficit de los ingresos económicos experimentados a partir de la caída de la producción de hidrocarburos líquidos y gaseosos, así como de la disminución de los precios en los mercados internacionales¹⁰.

De allí que luzca impretermitible el análisis de la más reciente

⁹ Decreto N° 2.413, mediante el cual se declaran como elementos estratégicos para su exploración y explotación al Niobio (Nb) y al Tantalio (Ta), por lo cual quedan sujetos al régimen previsto en el Decreto con rango valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos, (G. O. 40.960, 09/08/2016).

¹⁰ El señor Víctor Álvarez, quien fuera Ministro de Industrias Básicas y Minería entre los años 2005 y 2006, escribió un trabajo titulado “*El Arco Minero y la vuelta del extractivismo depredador*”, en el cual sostenía que “Debido al colapso de los precios del petróleo, el Gobierno de Venezuela se ha declarado en una búsqueda intensiva de divisas que permitan compensar el descalabro de la renta petrolera. Con ese fin, el presidente de la República, firmó el decreto para cuantificar y certificar las reservas mineras contenidas en el Arco Minero del Orinoco”. <https://victoralvarezrodriguez.blogspot.com.co/2016/03/el-arco-minero-y-la-vuelta-del.html>

reforma normativa jurídica en el sector económico minero, a lo que se suma que la misma debe efectuarse relacionada con los actos jurídicos de creación de una zona especial para el desarrollo de la minería en el sur del país, por tratarse de un espacio geográfico que tiene un particular valor ambiental; además de encontrarse allí los hábitats de las comunidades indígenas y los pueblos originarios, integrados por las etnias en contacto inicial E'Ñepa, Hoti y Wotüja, así como por los pueblos Egna, Warao, Pumé, Mapoyo, Akawayo, Kariña, Piaroa, Pemón, Ye'kwana, Sanemá y Yarabana, que requieren protección reforzada de sus derechos humanos individuales y colectivos, según los estándares reconocidos por el sistema universal y el sistema interamericano de derechos humanos¹¹.

Si lo anterior no fuese suficiente justificación para abordar el estudio del sector económico minero, cabe agregar que también se ha producido una declaración del estado de excepción que impacta en cualquier actividad económica que se pretenda desarrollar en el país y dado que la minera no puede ser la excepción, procede efectuar un estudio integral desde las perspectivas convencional, constitucional, legal minera y ambiental, ubicado en el contexto de la emergencia económica.

En razón de ello y para una mayor claridad en la exposición de las ideas, el presente trabajo se dividirá en los siguientes aspectos a saber: El Decreto con rango, valor y fuerza de ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos (II); el Decreto del Poder Ejecutivo que establece el Arco Minero del Orinoco (III); la posición del Poder Legislativo ante el Decreto que declara el Estado de Excepción (IV); la posición del Poder Legislativo ante el Decreto que crea el Arco Minero del Orinoco (V); la reforma parcial por el Poder Legislativo del Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos (VI); el nuevo marco institucional de la actividad minera (VII); los derechos humanos afectados con la promoción del desarrollo del Arco Minero del Orinoco (VIII); los aspectos ambientales afectados con la promoción del desarrollo del Arco Minero del Orinoco (IX); las consideraciones finales (X).

¹¹ Sobre los antecedentes de la degradación del ambiente y la afectación de los derechos humanos a las comunidades indígenas en Venezuela, se puede consultar Villegas Moreno, José Luís, Desarrollo Sustentable, pueblos y territorios indígenas: una sinfonía inacabada en Venezuela: Barì y Yukpas, *Regulación minero petrolera colombiana y comparada*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pp. 99-144.

II. EL DECRETO CON RANGO, VALOR Y FUERZA DE LEY ORGÁNICA QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS

Lo primero que se observa en el más reciente Decreto-Ley que regula la actividad económica minera, es que amplía el objeto de su aplicación sin advertirlo expresamente. De allí que aunque se planteó como una reforma parcial, en realidad se trata de un nuevo texto que desarrolla la posibilidad de reserva que se establece en la Constitución a favor del Estado¹², respecto a las actividades de exploración y explotación del oro y de los demás minerales estratégicos.

Esto supone varias novedades en el régimen jurídico minero, pues por una parte se modifica el objeto tan impreciso que tenía la anterior normativa, señalándose de manera concreta que se persigue regular lo relativo al régimen de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos, la promoción y el desarrollo de las actividades reservadas, las regalías, las ventajas especiales y el régimen sancionatorio¹³, aspectos estos que se encuentran también regulados de manera concurrente en la Ley de Minas.

La anterior concurrencia regulatoria se resuelve a partir de lo establecido en la propia Ley de Minas, que establece su aplicación, "... salvo lo dispuesto en otras leyes"¹⁴, lo que ratifica el reciente Decreto-Ley al señalar que sus disposiciones "... se aplicarán con preferencia a cualquier otra del mismo rango"¹⁵, resultando de aplicación supletoria la Ley de Minas y su Reglamento, salvo en lo concerniente al régimen tributario, pues este tampoco se aplicaría al oro y demás minerales declarados como estratégicos.

Todas las actividades económicas mineras reguladas se deben realizar científica, tecnológica y racionalmente, procurando el óptimo aprovechamiento de los recursos mineros, atendiendo a los principios de desarrollo sostenible, afectación tolerable, corresponsabilidad, prevención, precaución, participación ciudadana, tutela efectiva, ordenación territorial y responsabilidad que minimicen el impacto ambiental, acordes con los principios, derechos y garantías reconocidos en la Constitución, a un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, con sujeción a la

¹² Artículo 302 de la Constitución.

¹³ Artículo 1 del Decreto-Ley de 2015.

¹⁴ Artículo 2 de la Ley de Minas.

¹⁵ Artículo 2 del Decreto-Ley de 2015.

legislación ambiental, el ordenamiento territorial y el control ambiental¹⁶.

Los criterios sectoriales mineros deben ser definidos por el Ministerio con competencia en minería.

Conforme a este contexto normativo, los sujetos reconocidos para realizar las actividades mineras sobre el oro y otros minerales declarados estratégicos son¹⁷:

1. La República directamente, por órgano del Ministerio con competencia en el sector minero.

2. La República de manera indirecta, a través de los institutos autónomos o públicos, creados conforme a la ley.

3. La República de manera interpuesta, a través de las corporaciones y empresas de su exclusiva propiedad, así como las filiales de estas que le pertenezcan en su totalidad o hayan sido creadas para tal fin.

4. Las empresas mixtas en las cuales la República tenga una participación mínima del 55% del capital social.

5. Las alianzas estratégicas que constituya la República con sociedades y asociaciones, que se orientarán a la actividad de la pequeña minería, previa autorización del Ministerio con competencia en la materia.

6. El Banco Central de Venezuela, a través de las formas asociativas antes mencionadas¹⁸.

No obstante la aparente claridad en la redacción, la norma genera confusión, pues por una parte reconoce que ello puede hacerlo el Banco Central de Venezuela en ejercicio de las competencias, que le permiten desarrollar su política en el ámbito del sector aurífero conforme a la Ley del Banco Central de Venezuela¹⁹, pero seguidamente agrega que también se podrán aplicar las formas asociativas a los demás minerales estratégicos, aunque estos no entran dentro de las competencias que le atribuye la Ley, al Banco Central de Venezuela.

7. Las brigadas mineras constituyen el reconocimiento al derecho de asociación de las personas naturales, quienes deberán organizarse de esta

¹⁶ Artículo 6 del Decreto-Ley de 2015.

¹⁷ Artículo 10 del Decreto-Ley de 2015.

¹⁸ Artículo 11 del Decreto-Ley de 2015.

¹⁹ Artículos 7.12, 49.3 y 11.3 de la Ley del Banco Central de Venezuela (G.O. N° 6.211, 30/12/2015).

manera, para dedicarse únicamente a la pequeña minería, que debe orientarse al aprovechamiento racional y sostenible del oro y de los demás minerales declarados estratégicos²⁰.

Corresponderá al Poder Ejecutivo a través del Reglamento, desarrollar lo relativo a la forma, método y procesos productivos en los que participarán los sujetos antes mencionados, estableciendo la etapa y actividad específica que desarrollarán, desde la exploración del oro y otros minerales estratégicos hasta su comercialización²¹.

Los minerales estratégicos constituidos por piedras o metales preciosos calificados como activos de reserva por el Banco Central de Venezuela, deberán entregársele a éste²².

También por vía de reglamento especial se establecerán las normas para el otorgamiento del Certificado, de acuerdo al sistema de certificación del proceso Kimberley²³.

²⁰ Artículo 25 del Decreto-Ley de 2015.

²¹ Artículo 12 del Decreto-Ley de 2015.

²² Artículo 12 del Decreto-Ley de 2015.

²³ El portal digital Noticia al Día, publicó el día 18 de noviembre de 2016, la nota de prensa del Gobierno, en la que se expresa lo siguiente:

“El Gobierno de la República de Venezuela informa a la Nación y a la comunidad internacional que, el Sistema de Certificación del Proceso Kimberley (SCPK), en su 14va Reunión Plenaria, celebrada del 13 al 17 de noviembre, en Emiratos Árabes Unidos, aprobó por unanimidad la incorporación de Venezuela a la comunidad internacional de certificación del diamante y le otorgó la certificación H1 Production. Con esta decisión del órgano multilateral, la producción y comercialización de los diamantes venezolanos estará apegada a los elevados parámetros de calidad, solvencia y seguridad en la actividad diamantífera a escala mundial, facilitando la exportación y el acceso permanente a los mercados internacionales.

Todo ello, se configura como uno de los pasos más importantes para el fortalecimiento de las inversiones y alianzas estratégicas de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco”, zona donde se encuentran unos de los recursos diamantíferos más importantes y extensos del planeta, y donde hoy, se perfilan grandes inversiones internacionales.

En la reunión plenaria del SCPK, naciones como Canadá, Angola, China, Estados Unidos, Rusia, Sudáfrica y representantes de la Unión Europea, se sumaron a la votación unánime que permitió la incorporación de Venezuela como miembro con plenos derechos del órgano multilateral. El sistema internacional de Proceso Kimberley certifica de esta manera la producción diamantífera apegada al marco legal internacional y da la bienvenida unánime a Venezuela.

La República de Venezuela avanza rumbo a la diversificación económica, y al fortalecimiento sostenido de sus reservas internacionales, en el marco de la Agenda Económica implementada por el Presidente de la República, para garantizar el

Un aspecto que por su particular relevancia merece especial mención, está relacionado con la participación de las comunidades indígenas y de los pueblos originarios. En tal sentido se establece la obligación del Estado de promover y desarrollar las acciones que garanticen el derecho a la participación efectiva de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas. Estos participarán directamente o a través de sus organizaciones de representación, en la formulación de las políticas públicas dirigidas a estos pueblos y comunidades o de cualquier otra política pública que pueda afectarles directa o indirectamente, cuando las actividades mineras sean desarrolladas en tierras indígenas.

La ejecución de proyectos mineros debe procurar la integración de las comunidades indígenas y los pueblos originarios de las tierras en las cuales sean ejecutados dichos proyectos, con el fin que el desarrollo y bienestar de dichas comunidades se vea sustancialmente favorecido por la ejecución del respectivo proyecto²⁴.

La ubicación espacial y el período de vigencia de las habilitaciones administrativas para el desarrollo de la actividad minera, se encuentra ineludiblemente condicionada al “previo cumplimiento de las obligaciones ambientales y demás normas que rigen la materia minera”²⁵. Aunque esta redacción difiere de la contemplada en su antecesora, no aporta nada en cuanto a la exigencia, pues ello siempre ha sido así por lo dispuesto en la legislación ambiental.

En lo que respecta a la participación del Estado en los beneficios económicos que se derivan de la explotación, se establece que las regalías que deberán pagar los operadores mineros se mantienen en un porcentaje similar al que inicialmente se había establecido, que oscila entre el 3% y el 13%²⁶.

Por otro lado, se consideran como ventajas especiales, todos los beneficios sociales, económicos, tecnológicos, de infraestructura o cualquier otra índole, que le puedan otorgar a la República los operadores mineros, con la finalidad de contribuir con el desarrollo integral de las

desarrollo socioeconómico de nuestro país, superar el modelo rentista dependiente del petróleo y combatir las agresiones multiformes a nuestra economía.

Caracas, 17 de noviembre de 2016”. <http://noticialdia.com/2016/11/venezuela-se-incorpora-a-la-comunidad-internacional-de-certificacion-del-diamante/>

²⁴ Artículo 18 del Decreto-Ley de 2015.

²⁵ Artículo 20 del Decreto-Ley de 2015.

²⁶ Artículo 27 del Decreto-Ley de 2015.

comunidades contiguas a las zonas mineras²⁷.

Se ha librado a la discrecionalidad del Ministerio con competencia en materia de minería, el establecimiento de la alícuota correspondiente a las ventajas especiales, las cuales se fijarán al momento de transferirle derechos mineros a las empresas habilitadas para realizar actividades primarias. A tales fines de la fijación del monto de la alícuota, se deberá tomar en cuenta la naturaleza, magnitud y demás características del proyecto minero a desarrollar, además de las condiciones ambientales y socioculturales del área de influencia del proyecto²⁸.

Todos los ingresos derivados de este concepto deben destinarse al financiamiento de planes y proyectos de recuperación de las áreas degradadas por la explotación de oro y otros minerales estratégicos; así como al desarrollo social²⁹, en consulta y coordinación con las comunidades mineras e indígenas, donde tenga lugar dicha explotación.

La inversión se realizará preferiblemente orientada al desarrollo de los sectores productivos, de educación, salud y demás necesarios para fomentar el progreso de tales comunidades.

Para finalizar esta referencia a las reformas más relevantes de la normativa minera, se debe indicar que se atribuyó al Ministerio con competencia en el sector minero, la facultad para expedir dentro de los 6 meses siguientes al día 30 de diciembre de 2015, el Plan de Desarrollo Integral y Sostenible para el ejercicio de la pequeña minería del oro y otros minerales estratégicos, el cual se debe dar a conocer en las áreas donde se practique esta actividad³⁰.

Se ha establecido el régimen transitorio de operación de las actividades mineras, en el sentido que dentro del lapso de dos años a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley, los operadores mineros regidos por el derecho privado que realizaban la pequeña minería, distintos de los expresamente contemplados en el texto, deben migrar hacia las alianzas estratégicas establecidas en el Decreto-Ley. Este período vence el día 30 de diciembre de 2017³¹.

²⁷ Artículo 5 del Decreto-Ley de 2015.

²⁸ Artículo 29 del Decreto-Ley de 2015.

²⁹ Decreto N° 2.411, mediante el cual se establece la prioridad social sobre las utilidades de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional Arco Minero del Orinoco, (G. O. 40.960, 09/08/2016).

³⁰ Disposición Transitoria Octava del Decreto-Ley de 2015.

³¹ Disposición Transitoria Novena del Decreto-Ley de 2015.

III. EL DECRETO DEL PODER EJECUTIVO QUE ESTABLECE EL ARCO MINERO DEL ORINOCO

El Presidente de la República en consejo de ministros, expidió el Decreto N° 2.248, de 24 de febrero de 2016³², que se aplica a una extensión de 111.846,70 kilómetros cuadrados, denominada “Zona de Desarrollo Estratégico Minero Nacional Arco Minero del Orinoco”, que representa el 12,2% del territorio nacional, en el que se ubican los ecosistemas de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro.

Se pueden destacar como motivos para su expedición los siguientes:

1. La necesidad de impulsar la transición del modelo económico rentístico del petróleo; hacia un modelo económico productivo, diversificado e integrado, funcional y territorialmente, apoyado en el sector minero.

2. Ello lleva a desarrollar de manera integral los planes sectoriales y espaciales de aplicación del Segundo Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación (2013-2019), así como a la implementación de una visión sistémica, integral, donde se coordinen y generen sinergia entre los distintos componentes, en el marco del proyecto de país delineado en la Constitución.

3. Ese modelo de aprovechamiento de las potencialidades de los recursos minerales que posee el país, debe ser acorde a los principios de desarrollo del ecosocialismo, cultura, tradiciones y costumbres ancestrales e integralidad social y productiva, así como a la preservación de otros recursos estratégicos, la diversidad biológica y las aguas.

Conforme a estas ideas, el Decreto tiene como objeto la creación de la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional "Arco Minero del Orinoco", que pretende el estímulo sectorial de las actividades asociadas a los recursos minerales que posee el país, con criterio de soberanía y sostenibilidad, acorde a los planes sectoriales y espaciales del país, así como al Decreto con rango, valor y fuerza de la Ley de regionalización integral para el desarrollo socioproductivo³³.

Esta Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco” puede organizarse internamente en cuatro áreas, con fines de

³² Decreto N° 2.248, mediante el cual se crea la Zona de Desarrollo Estratégico Nacional “Arco Minero del Orinoco”, (G.O. N° 40.855, 24/02/2016).

³³ Artículo 1 del Decreto N° 2.248.

desarrollo y de organización administrativa, dentro de la planificación y la ejecución de políticas realizadas en cumplimiento del decreto y del marco legal complementario. Estas son³⁴:

Área 1: En el espacio más occidental hasta el río Cuchivero con predominancia de los minerales de bauxita, coltan, tierras raras y diamante, que comprende una superficie de 24.680,11 km².

Área 2: En el espacio entre el río Cuchivero y río Aro, con predominancia de los minerales del hierro y oro, que comprende una superficie de 17.246,16 km².

Área 3: En el espacio entre el río Aro y el límite este del Arco Minero, con predominancia de los minerales de bauxita, oro y hierro, que comprende una superficie de 29.730,37 km².

Área 4: En el espacio de la zona del Imataca en el Arco Minero, con predominancia de los minerales del oro, bauxita, cobre, caolín y dolomita, que corresponden a una superficie de 40.149.69 km².

El Decreto pretende establecer los estímulos necesarios para incrementar el aprovechamiento de las potencialidades de los recursos minerales, en la zona denominada “Arco Minero del Orinoco”, en sintonía con las metas establecidas en el Plan de Desarrollo Económico y Social de la Nación.

A los fines de lograr dicho objetivo se propone establecer las condiciones requeridas para la instalación de una plataforma productiva, que de soporte al Plan de desarrollo de las capacidades de producción minera y de estímulo de la industria de transformación, junto a otros estímulos económicos, de infraestructura, servicios, de sistemas de conocimiento, seguridad y defensa, así como los asociados a una visión integral de la cultura y la sociedad³⁵.

Los postulados fundamentales que rigen el Decreto son los principios de integralidad en la regulación y así como de ética, resguardo y defensa de la soberanía nacional, protección y respeto de los pueblos y comunidades indígenas, adaptabilidad, solidaridad, corresponsabilidad, racionalidad, confiabilidad, celeridad, eficiencia, calidad, transparencia, sostenibilidad, equidad, control social y participación popular³⁶.

³⁴ Artículo 3 del Decreto N° 2.248.

³⁵ Artículo 4 del Decreto N° 2.248.

³⁶ Artículo 4 del Decreto N° 2.248.

El Plan de desarrollo específico de la zona de desarrollo estratégico nacional “Arco Minero del Orinoco” debe ser publicado en Gaceta Oficial y tendrá alcance legal en las políticas específicas sectoriales así como la delimitación, funciones y condiciones de usos particulares del espacio para la consecución de los objetivos del plan. Este plan deberá ser elaborado en un lapso de seis (6) meses, contado a partir de la publicación del Decreto de creación en la Gaceta Oficial³⁷.

El Decreto le otorga al Poder Ejecutivo la posibilidad de establecer un régimen de contratación pública especial para las Administraciones Públicas, encargadas de los planes de desarrollo del “Arco Minero del Orinoco”. Además, señala los lineamientos que deberá desarrollar este régimen especial³⁸.

En aplicación de la política sectorial que se promueve en el sector minero, se le otorga al Poder Ejecutivo la potestad de otorgar exoneraciones totales o parciales del impuesto sobre la renta y del impuesto al valor agregado, aplicables exclusivamente a las actividades conexas a la actividad minera, a los fines de fomentar el impulso y crecimiento de la Zona de desarrollo estratégico nacional “Arco Minero del Orinoco”³⁹.

Se dispone la implementación de un régimen especial aduanero de clasificaciones arancelarias únicas y un régimen de simplificación para tramitar de manera expedita el desaduanamiento de los bienes importados, que se vayan a utilizar en los Planes de la zona de desarrollo estratégico nacional “Arco Minero del Orinoco”⁴⁰.

El Decreto establece una advertencia respecto a su aplicación prevalente y que podría llevar a la equívoca interpretación, de que pretende ser derogatoria del ordenamiento jurídico previo que lo contravenga. Es así como el artículo 25 dispone que:

“Ningún interés particular, gremial, sindical, de asociaciones o grupos, o sus normativas, prevalecerá sobre el interés general, en el cumplimiento del objetivo contenido en el presente decreto”.

No obstante la anterior redacción y conforme al sistema de fuentes jurídicas, debe advertirse que esta declaración contraviene el principio de inderogabilidad de los actos de superior jerarquía por los de inferior jerarquía. En efecto, ya se había señalado que conforme al Decreto con

³⁷ Artículo 10 del Decreto N° 2.248.

³⁸ Artículos 15 y 16 del Decreto N° 2.248.

³⁹ Artículo 21 del Decreto N° 2.248.

⁴⁰ Artículos 22 y 23 del Decreto N° 2.248.

rango, valor y fuerza de Ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos, este se aplica de manera preferente y en aquello no regulado expresamente se aplicará de manera supletoria la Ley de Minas y su Reglamento. Por tanto, carece de encaje legal que un Decreto de ejecución, disponga su aplicación preferente, respecto a textos jurídicos de superior jerarquía.

Esto resulta de especial relevancia pues el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos contiene entre otras, disposiciones especiales que promueven la participación de las comunidades indígenas y los pueblos originarios que no pueden ser inaplicadas o desconocidas por un Decreto de inferior jerarquía, como aquel que crea el “Arco Minero del Orinoco”.

En razón de los principios mencionados, ninguna norma del Decreto de creación de la zona de desarrollo estratégico nacional “Arco Minero del Orinoco” puede válidamente modificar, derogar o desconocer lo dispuesto en el Decreto-Ley.

IV. LA POSICIÓN DEL PODER LEGISLATIVO ANTE EL DECRETO QUE DECLARA EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

El Poder Ejecutivo en consejo de ministros, expidió el día 13 de mayo de 2016, el Decreto N° 2.323, que declara un nuevo estado de excepción y de la emergencia económica⁴¹, en cuyo artículo 2.5 expresamente se señala:

“Como consecuencia de la declaratoria del estado de excepción, de emergencia económica, a que se refiere este Decreto, el Ejecutivo Nacional podrá dictar las medidas que considere convenientes, particularmente relacionadas con los siguientes aspectos:

5. La aprobación y suscripción por parte del Ejecutivo Nacional de contratos de interés público para la obtención de recursos financieros, asesorías técnicas o aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país, sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros Poderes Públicos”.

⁴¹ Decreto N° 2.323, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica, dadas las circunstancias extraordinarias de orden Social, Económico, Político, Natural y Ecológicas que afectan gravemente la Economía Nacional, (G.O. N° 6.227, 13/05/2016).

Este Decreto que constitucionalmente se encuentra sujeto a la aprobación del Poder Legislativo mediante Acuerdo -acto parlamentario sin forma de ley-, condujo a que este se pronunciase el día 26 de mayo de 2016⁴², sobre su validez y vigencia, específicamente en lo que concierne a los contratos de interés público, que se suscriban con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela.

Para ello el Poder Legislativo parte de la premisa contemplada en la Constitución, en virtud de la cual los contratos de interés público nacional, estatal o municipal que celebre el Poder Ejecutivo Nacional con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en el país, requieren la aprobación del Poder Legislativo⁴³ y los demás contratos de interés público nacional deben ser aprobados por el Poder Legislativo en los casos que determine la Ley, correspondiendo únicamente a esta, establecer los supuestos en los cuales no se requiere de la aprobación parlamentaria de estos contratos.

Se consideran contratos de interés público nacional aquellos que se encuentren vinculados con grandes contrataciones que pudieren comprometer gravemente el patrimonio de la República o exponerla a pérdidas serias o a reclamaciones internacionales eventualmente lesivas de la soberanía o la integridad del país; así como los contratos que por su objeto merecen tal calificación, que serían los que justificarían la intervención y el control *ex ante* del Poder Legislativo, mediante la técnica de la aprobación, como condición de validez de la contratación.

Estos contratos de interés público que requieren aprobación del Poder Legislativo constituyen una categoría especial de los contratos administrativos, relacionados indisolublemente con una prestación que afecta el interés general de todos los ciudadanos.

Es así como la aprobación de los mencionados contratos constituye una competencia otorgada al Poder Legislativo y por tanto es irrenunciable, intransferible, improrrogable y no puede ser relajada por convenciones, decretos u otros actos jurídicos.

⁴² Asamblea Nacional, Acuerdo sobre el respeto de las facultades propias e intransferibles de la Asamblea Nacional sobre los contratos de interés público que suscriba el Ejecutivo Nacional con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, de 26 de mayo de 2016. http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_9720fd0c0af770a22f20ec97fb85b8b7e3dada83.pdf

⁴³ Artículo 150 de la Constitución.

En atención a todas estas razones, el Decreto de estado de excepción y de emergencia económica al librar a la discrecionalidad del Poder Ejecutivo la aprobación y la suscripción de contratos de interés público para la obtención de recursos financieros, asesorías técnicas y aprovechamiento de recursos estratégicos para el desarrollo económico del país, sin sometimiento a autorizaciones o aprobaciones de otros de los órganos que ejercen el Poder Público contraviene la Constitución, pues ni siquiera en los supuestos de estado de excepción se puede suspender el Estado de Derecho, ni interrumpir el funcionamiento de los órganos que ejercen el Poder Público y el ejercicio de sus atribuciones contraloras⁴⁴.

Conforme a las anteriores consideraciones, el Poder Legislativo acordó rechazar lo dispuesto en el Decreto de estado de excepción y de emergencia económica, a través del cual el propio Poder Ejecutivo suspende inconstitucionalmente los controles para la suscripción de contratos de interés público, pretendiendo hacerlo sin la aprobación del Poder Legislativo.

Por ello se advierte, que toda la actividad realizada por un órgano que usurpe las funciones constitucionales de otra autoridad pública es nula y se tendrá por inexistente⁴⁵, por lo que quienes dicten o suscriban los actos respectivos serán responsables conforme a la ley.

Se ratifica que serán absolutamente nulos los contratos de interés público nacional, estatal o municipal que celebre el Poder Ejecutivo Nacional con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, sin la aprobación del Poder Legislativo; así como de otros contratos de interés público nacional que suscriba sin esta aprobación, salvo los supuestos exceptuados por ley.

Se dispuso hacer del conocimiento público el Acuerdo a los fines que quienes pudieren estar interesados conozcan, que los contratos que se celebren contraviniendo el artículo 150 de la Constitución serán nulos y generarán las responsabilidades que establece el ordenamiento jurídico.

V. LA POSICIÓN DEL PODER LEGISLATIVO ANTE EL DECRETO QUE CREA EL ARCO MINERO DEL ORINOCO

El Poder Legislativo en ejercicio de las competencias

⁴⁴ Artículo 339 de la Constitución.

⁴⁵ Artículos 138 de la Constitución y 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

constitucionales del control que le atribuyen los artículos 150 y 187.9 de la Constitución, se pronunció el día 9 de junio de 2016⁴⁶, sobre la validez y vigencia del Decreto N° 2.248, de 24 de febrero de 2016, expedido por el Ejecutivo Nacional, que estableció en una extensión de 111.846,70 kilómetros cuadrados, dentro de los estados Amazonas, Bolívar y Delta Amacuro, el área geográfica denominada como zona de desarrollo estratégico minero nacional “Arco Minero del Orinoco”.

A los fines de pronunciarse, el Poder Legislativo tiene en consideración que el Decreto antes mencionado constituye una “decisión que representa una amenaza a la Soberanía Nacional, al pretender otorgar ilegalmente concesiones o contratos de interés público nacional a 150 empresas de 30 países diferentes”.

Señala además que el Decreto se “solapa y desafecta de facto, e ilegalmente, varias Áreas Bajo Régimen de Administración Especial, áreas protegidas o de especial importancia ecológica, tales como, la cuenca estratégica del río Caroní, de cuya protección depende la Represa del Guri o Simón Bolívar, las Represas Macagua I, II, III y Caruachi, que surten de energía eléctrica a más del 65 por ciento de los venezolanos, fundamental para el impulso de agua potable a gran parte del país; el Monumento Natural o Tepuy Cerro Guanay, ubicado en el Estado Amazonas, la Reserva Forestal La Paragua (ubicadas en el estado Bolívar); la Reserva Forestal Imataca, ubicada en los estados Bolívar y Delta Amacuro, la Zona Protectora Sur del estado Bolívar, las cuales en conjunto, conforman una inmensa y rica biodiversidad, además de contener en el sur del Orinoco, las últimas reservas de agua dulce no contaminadas del país protegidas como bienes ambientales y económicos insustituibles para la vida y el desarrollo sustentable ...”, en manifiesta violación de los siguientes textos jurídicos:

1. Constitución de la República;
2. Convenio sobre Diversidad Biológica;
3. Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América (Convención de Washington);
4. Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de la UNESCO;

⁴⁶ Asamblea Nacional, Acuerdo sobre el Decreto de creación de la zona de desarrollo estratégico nacional “Arco Minero del Orinoco”, de 14 de junio de 2016. http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_ce125c42af346e0cb00bfeca3e38a245a8d3a8be.pdf

5. Protocolo Relativo a las Áreas y Flora y Fauna Silvestres especialmente protegidas del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la región del Gran Caribe;

6. Leyes nacionales en materia ambiental.

Además ratifica que existe la obligación del Estado de proteger el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales, los monumentos naturales, las reservas forestales, las zonas protectoras y demás Áreas Bajo Régimen de Administración Especial (ABRAE) o de importancia ecológica, que podrían ser contaminados con mercurio y cianuro por el desarrollo de actividades mineras, a lo que se suma el peligro de la intensa y extensa deforestación de los bosques tropicales, con gravísimos impactos para la salud, incluyendo la proliferación de enfermedades tropicales como la malaria.

En razón de estas consideraciones el Poder Legislativo adoptó el “Acuerdo” -acto parlamentario sin forma de ley-, mediante el cual comienza por desconocer el Decreto del Poder Ejecutivo al considerarlo contrario a los intereses de la República y violatorio de los derechos ambientales reconocidos en la Constitución, en razón de lo que le niega la aprobación parlamentaria insoslayablemente exigida en el artículo 150 de la Constitución, para la celebración de contratos de interés nacional sobre los recursos naturales e impedir así el perjuicio a las “últimas reservas de agua dulce, no contaminada del país, ubicadas al sur del Orinoco, la riqueza en biodiversidad contenida en la Reserva Forestal Imataca, la Reserva Forestal El Caura, la paragua, las zonas protectoras, la cuenca del río Caroní, los Tepuyes (formaciones biogeográficas únicas en el mundo), el hábitat de los pueblos indígenas, y demás Áreas Bajo Régimen de Administración Especial, Aéreas Protegidas o de Especial Importancia Ecológica”.

Reitera que la desafectación total o parcial de las áreas bajo régimen de administración especial, las áreas protegidas o de especial importancia ecológica, en particular, para preservar las fuentes de agua dulce y que impliquen contratos públicos y de interés nacional, requieren de la aprobación de la Asamblea Nacional, así como de la previa realización de los estudios técnicos y de las consultas públicas locales y nacionales, que establece la Constitución.

Proclama en consecuencia, que se mantienen con plena vigencia constitucional y legal, las áreas bajo régimen de administración especial, áreas protegidas o de especial importancia ecológica de todo el país, en

concreto las ubicadas en los estados Bolívar, Amazonas, Delta Amacuro, conocidas como reservas forestales de Imataca, el Caura, La Paragua, Monumento Natural Cerro Guanay y demás Tepuyes, la zona protectora del río Orinoco y la Cuenca Estratégica del Caroní.

Dispone la conformación de una comisión mixta integrada por las Comisiones Permanentes de Ambiente, Recursos Naturales y Cambio Climático, Energía y Petróleo, así como de Pueblos Indígenas, para realizar seguimiento permanente a la situación de las Áreas Bajo Régimen de Administración Especial, de los pueblos indígenas y locales, debiendo esta Comisión informar al Poder Legislativo en pleno y al pueblo de Venezuela de sus actividades, conclusiones y recomendaciones.

Finalmente se dispuso hacer difusión del Acuerdo por todos los medios de comunicación y hacerlo del conocimiento de las organizaciones gubernamentales internacionales y las no gubernamentales que actúan en defensa del ambiente, los pueblos indígenas y los derechos humanos.

VI. LA REFORMA PARCIAL POR EL PODER LEGISLATIVO DEL DECRETO-LEY QUE RESERVA AL ESTADO LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL ORO Y DEMÁS MINERALES ESTRATÉGICOS

El Poder Legislativo reformó parcialmente el Decreto N° 2.165, mediante el cual se dicta el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos⁴⁷.

El día 9 de agosto de 2016, se sancionó la reforma de la Ley orgánica que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos. En concreto se modificó el título de la Ley y los artículos 5, 15, 16, 17, 21 y 29, destacándose la obligación constitucional del Poder Ejecutivo de requerir la autorización previa del Poder Legislativo, para la celebración de los contratos públicos de interés nacional, relacionados con el aprovechamiento de los recursos mineros.

Remitido para su promulgación al Poder Ejecutivo, éste lo envió al Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, a los fines de que realizara el control previo de constitucionalidad y dicho órgano

⁴⁷ Decreto-Ley, (Gaceta Oficial N° 6.210, 30/12/2015).

jurisdiccional en decisión de 2 de septiembre de 2016⁴⁸, declaró “*nula de toda nulidad, carente de validez, existencia y eficacia la Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 2165 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica que Reserva al Estado las Actividades de Exploración y Explotación de Oro, así como las Conexas y Auxiliares a Esta, sancionada por la mayoría de los diputados que integran la Asamblea Nacional, el 9 de agosto de 2016, por cuanto fue dictada en franco desacato de decisiones judiciales emanadas de este Máximo Tribunal de la República, sin que ello prejuzgue sobre otras posibles causales de nulidad por inconstitucionalidad, tanto de forma como de fondo, en las que pudiera estar incurrida la pretendida ley*”.

En consecuencia, la reforma parcial del Decreto-Ley, que se había orientado esencialmente a reforzar los mecanismos de control parlamentario, sobre la administración que realiza el Poder Ejecutivo de los recursos naturales minerales en los términos previstos en la Constitución, quedó sin efecto jurídico por decisión del Tribunal Supremo de Justicia y por ende quedó impedida su promulgación por parte del Poder Ejecutivo o una vez transcurrido el lapso constitucional sin que este lo hubiese hecho, por el propio Poder Legislativo, por lo que no entró en vigor.

VII. EL NUEVO MARCO INSTITUCIONAL DE LA ACTIVIDAD MINERA

Desde la perspectiva institucional, la competencia en lo atinente a la actividad económica minera se encontraba atribuida al Ministerio de Petróleo y Minería, al que luego se le sumó la Comisión Presidencial para la protección, el desarrollo y la promoción integral de la actividad minera lícita, en la Región Guayana⁴⁹.

Posteriormente, teniendo presente los antecedentes de la declaración de estado de excepción existentes para ese momento y del establecimiento del Arco Minero del Orinoco, se expidió el Decreto mediante el cual se crea la Comisión Presidencial de desarrollo ecosocialista y salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas en la actividad minera, con carácter permanente, como órgano consultivo y asesor, multidisciplinario e interinstitucional de alto nivel⁵⁰.

Continuando con este proceso de cambios permanentes, se produjo

⁴⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 808, de 2 de septiembre de 2016.

⁴⁹ Decreto N° 841, de 20 de marzo de 2014, (G.O. N° 40.376, 20/03/2014).

⁵⁰ Decreto N° 2.265, (G. O. N° 40.864, 08/03/2016).

una reforma orgánica que contiene una doble curiosidad: En la misma fecha en que el Poder Legislativo sanciona la reforma parcial del Decreto-Ley, el Poder Ejecutivo introdujo una reforma del marco institucional, al crear un ministerio a través del cual se pretenden ejecutar los planes y las políticas en la actividad económica minera, en armonía con los planes y las políticas ambientales dentro de este sector.

En tal sentido se expidió el Decreto de creación del nuevo ministerio, que entre las razones que los justifican⁵¹, expresa que existe un compromiso intrageneracional e intergeneracional de proteger el ambiente, así como la obligación del Estado de garantizar que este se mantenga libre de contaminación, por lo que se actúa resueltamente para impulsar el desarrollo basado en la relación armónica entre el hombre y la naturaleza, que garantice el uso y aprovechamiento racional, óptimo y sostenible de los recursos naturales, respetando los procesos y ciclos de la naturaleza.

Así el Decreto también sostiene que el Estado tiene la obligación de establecer un sistema articulado, que permita la formulación e integración de las diferentes instituciones, órganos y entes, en los proyectos de aprovechamiento de recursos naturales minerales que posee el país en el “Arco Minero del Orinoco” y que se debe contar con una instancia de asesoría y coordinación, en lo concerniente al desarrollo de la actividad minera, garantizando que el aprovechamiento de los recursos minerales, se efectúe sin afectar el ambiente, ni la diversidad biológica.

En razón de ello se crea el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, que tiene la competencia sobre el desarrollo, aprovechamiento y control de los recursos naturales no renovables, sobre los cuales ejerce su rectoría en el sector de la minería, de conformidad con la normativa aplicable.

Ello llevó a la supresión del Viceministerio de Minas, dentro del Ministerio de Petróleo y Minería, cuyas competencias materiales fueron transferidas y asumidas por el Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, a partir de la publicación de este Decreto en la Gaceta Oficial.

Al Ministerio de Desarrollo Minero Ecológico, se le adscriben la Corporación Venezolana de Guayana, Minerven C.A., la Corporación Venezolana de Minería (CVM) y el Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN)⁵².

⁵¹ Decreto N° 2.350, de 9 de junio de 2016, (G.O. N° 40.922, 09/06/2016).

⁵² Es pertinente señalar que mediante Decreto N° 2231, (G.O. N° 40.845, 10/02/2016), se creó la empresa del Estado, Compañía Anónima Militar de Industrias Mineras,

Cabe destacar que este nuevo ministerio, orgánicamente se encuentra llamado a convivir con la autoridad ambiental que fue denominada en 2015, con el nombre de Ministerio de ecosocialismo y aguas⁵³, al que se le asignaron las competencias del antiguo Ministerio del Ambiente.

De allí, que para llevar a cabo sus competencias de manera eficiente y eficaz, ambos ministerios deberán aplicar los principios de colaboración, cooperación, coordinación y lealtad institucional a los fines de ejecutar sus atribuciones, sin incurrir en conflictos de competencias al elaborar planes, políticas o expedir normas que pudieran resultar desarticuladas o contradictorias.

VIII. LOS DERECHOS HUMANOS AFECTADOS CON LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO

Tanto el *corpus iuris* de la convencionalidad interamericana como el ordenamiento constitucional nacional, reconocen la existencia de derechos humanos que deben ser garantizados, protegidos e incluso restablecidos o reparados en caso de que sean afectados por actos u omisiones imputables a los órganos que ejercen el Poder Público o excepcionalmente por los particulares.

Dicho lo anterior y considerando las limitaciones de espacio para ampliar este asunto en el presente trabajo, seguidamente se hará referencia a los derechos humanos que de manera interdependiente se encuentran más relacionados con el tema ambiental. En tal sentido, se analizarán sucintamente el derecho a la participación en la consulta pública, el derecho de acceso a la información pública y el derecho de acceso al agua potable.

8.1. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EN LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA

De manera general, el derecho humano a la participación en la consulta previa, libre e informada tiene reconocimiento positivo tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵⁴, como en el ámbito

Petrolíferas y de Gas (CAMINPEG), que está adscrita al Ministerio de la Defensa y tiene como objeto el desarrollo de las actividades de los servicios petroleros, de gas y la explotación minera, por parte de las Fuerzas Armadas.

⁵³ Decreto N° 1701, (G.O. N° 40.634, 07/04/2015).

⁵⁴ Artículo 23.1.a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

nacional en la Constitución⁵⁵ y es desarrollado en las leyes⁵⁶.

A ello se suma, el reconocimiento que se hace en el caso de las comunidades indígenas y tribales⁵⁷, al establecer la necesidad de protección reforzada para el derecho humano a la participación en la consulta previa, libre e informada. En este caso, lo hacen tanto el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵⁸ como el sistema nacional, en la Constitución⁵⁹ y las leyes de desarrollo⁶⁰.

Es el caso que el Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco” fue expedido sin haberse efectuado la consulta pública previa, libre y consentida y menos aún sin haber logrado las autoridades competentes, el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades indígenas, en desconocimiento de los estándares internacionales y los criterios nacionales contemplados en la legislación de protección al ejercicio del derecho a la participación.

⁵⁵ Artículos 62 y 70 de la Constitución.

⁵⁶ Artículos 39 de la Ley Orgánica del Ambiente y 139 de la Ley Orgánica de la Administración Pública.

⁵⁷ Artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 27 de junio de 1989; artículos 18 y 19 de la Resolución 61/295, que contienen la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 13 de septiembre de 2007; y más recientemente, el artículo XXIII de la Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), que contiene la Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas, de la Organización de Estados Americanos, de 14 de junio de 2016, estableció: “Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

⁵⁸ Corte IDH, caso *Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, N° 185, párr. 129; Corte IDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, Fondo y reparaciones, serie C, N° 245, párrs. 145-232.

⁵⁹ Artículo 120 Constitución señala que “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley”.

⁶⁰ Artículo 55 de la Ley Orgánica de los Pueblos y las Comunidades Indígenas.

El desconocimiento de este derecho supone que los actos jurídicos, sean de naturaleza normativa, los planes y los demás actos administrativos generales o individuales tengan que ser considerados absolutamente nulos⁶¹, consecuencia jurídica que resulta aplicable al Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco”, al no existir prueba alguna de que efectivamente se haya podido ejercer este derecho.

8.2. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

El derecho humano a buscar, recibir u obtener información bajo el control del Estado ha sido reconocido como tal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁶² y a nivel nacional tiene su fundamento en la Constitución⁶³.

El derecho de acceso a la información pública en la actualidad disfruta de plena autonomía respecto a otros derechos como la libertad de información, expresión y prensa, el derecho de petición y oportuna respuesta o el derecho a la participación en los asuntos públicos.

Es importante destacar que se trata de un derecho que corresponde a cada persona, pero que puede ser ejercido tanto individual como colectivamente, en especial⁶⁴, en aquellos casos que se pretenda información sobre temas ambientales, ecológicos, urbanísticos o de similar naturaleza⁶⁵.

Todas las limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información, son de interpretación restrictiva, por lo que deben estar preestablecidas en la ley y deben ser proporcionales y estrictamente necesarias dentro de lo aceptable en una sociedad democrática.

En tal sentido, las autoridades públicas deben adoptar todas las medidas idóneas, adecuadas y eficaces para que las personas al ejercer el derecho de acceso a la información, encuentren que esta es relevante, accesible, oportuna, veraz, sencilla, comprensible y de máxima divulgación.

⁶¹ Artículos 25 de la Constitución, 141 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 19.1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁶² Corte IDH, caso Claude Reyes y otros vs. Chile, sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones, Costas, serie C, N° 151, párrs. 88-98.

⁶³ Artículo 143 de la Constitución.

⁶⁴ Corte IDH, caso Bamaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Fondo, serie C, N° 70.

⁶⁵ Basterra, M., El derecho fundamental de acceso a la información pública en Argentina, (Coord. Basterra, M., y Espiñosa-Saldaña Barrera, E.), *El derecho de acceso a la información pública en Iberoamérica*, Adrus, Lima, 2009, pp. 53-55.

Es el caso que una vez expedido el Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco”, no ha sido posible ejercer el derecho de acceso a la información pública, respecto a las consultas públicas previas, libres, informadas y de buena fe o sobre el consentimiento que otorgaron de manera libre e informada quienes participaron en ellas, así como de la existencia de los Estudios previos de impacto ambiental o socio cultural, que exige la Constitución.

Esta situación ha impedido una efectiva tutela judicial en sede cautelar, a los grupos ambientalistas y demás organizaciones no gubernamentales que demandaron la nulidad del Decreto, pues al formular la pretensión de medida cautelar de suspensión ante el Tribunal Supremo de Justicia, éste la ha negado justificándose en que no han aportado los medios probatorios que evidencian la procedencia de que se conceda dicha pretensión cautelar⁶⁶, incluso en desconocimiento del criterio establecido por el Tribunal Supremo de Justicia⁶⁷, en un proceso de revisión constitucional, cuyo objeto era determinar las condiciones de concesión de las medidas cautelares, para garantizar la protección del ambiente.

En consecuencia al no haber tenido acceso a la información pública las personas, además de afectárseles este derecho autónomamente considerado, no pudieron obtener los medios de pruebas pertinentes y por tanto aportarlos al proceso administrativo, en que formularon la pretensión cautelar de suspensión de la ejecución del Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco”, mientras se resuelve la pretensión de nulidad del mismo.

8.3. EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE

En lo concerniente al derecho humano al agua potable, cabe destacar que este no se encuentra expresamente reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y aunque por vía de inferencia se ha admitido su existencia –no sin cierta controversia-, la virtualidad de su admisión como un auténtico derecho humano se debe formalmente a la declaración inicial efectuada por la Organización de Naciones Unidas en 2010⁶⁸ y luego ratificada en 2013⁶⁹ y 2015⁷⁰.

⁶⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, caso Fredy Trejo y otros, sentencia 1140, de 25 de octubre de 2016.

⁶⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, caso CINECO y FRAMA, sentencia 420, de 14 de mayo de 2014.

⁶⁸ O.N.U., *El derecho humano al agua y el saneamiento*, Resolución A/RES/64/292, de 28 de julio de 2010.

⁶⁹ O.N.U., *El derecho humano al agua y el saneamiento*, Resolución A/RES/68/157, de 18 de diciembre de 2013.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el aprovechamiento de los recursos naturales -en concreto del agua- dentro de las zonas geográficas donde habitan comunidades indígenas, efectúa la siguiente consideración⁷¹:

“El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros...”.

Para la Corte Interamericana no existe duda que el desarrollo de las actividades extractivas de los recursos naturales, potencialmente afectarán el aprovechamiento del agua y su acceso por las personas que integran las comunidades indígenas.

En el contexto nacional, el derecho humano al agua se encuentra reconocido en el artículo 5.1 de la Ley de Aguas, la cual establece:

“El acceso al agua es un derecho humano fundamental”.

Tal como se ha señalado en otras oportunidades, este reconocimiento no debe comprender todas las aguas, ni implica todos los usos; sino que debe entenderse circunscrito al agua potable, necesaria para la satisfacción de las necesidades humanas⁷².

Dicho lo anterior, se debe señalar que luce inminente que con la ejecución del Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco”, al implicar el desarrollo de proyectos de exploración y explotación minera sin estudios previos de impacto ambiental y socioculturales, se producirá una incidencia previsible sobre las fuentes de agua, tal como lo ha reconocido la Comisión

⁷⁰ O.N.U., Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento, Resolución A/RES/70/157, de 17 de diciembre de 2015.

⁷¹ Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de noviembre de 2007, serie C N° 172, párr. 126.

⁷² Hernández-Mendible, Víctor R., El agua como derecho humano y como servicio público, *Regulación Económica de los Servicios Públicos. Dos décadas de Regulación de los servicios públicos en Iberoamérica. Balance y Perspectivas*, Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), Instituto de Regulación & Finanzas, Universidad ESAN, ARA Editores, Lima, 2010, pp. 892-896.

Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual de 2015⁷³, al advertir sobre las principales barreras que dificultan el acceso al agua en el continente y además destacar el impacto negativo que generan las industrias extractivas y otros proyectos de desarrollo, para el acceso al agua, así como la contaminación de las fuentes hídricas, a lo que se suma la existencia de actos de hostigamiento a los defensores del ambiente y de derechos humanos. También resalta cómo la falta de acceso al agua potable afecta a las personas y grupos que viven en situación de pobreza y en áreas rurales, y cómo los cortes de suministro de agua potable afectan a personas que viven en situación de pobreza y en especial en pobreza extrema.

En razón de esto es posible sostener, que el Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco” de llegar a ejecutarse tendría un innegable impacto ambiental, que con independencia de los inexistentes estudios previos, afectará las fuentes de agua y el nivel de contaminación que pueda producirse en las mismas, tendrá incidencia tanto en el acceso al derecho humano al agua potable, como en otros derechos humanos como la vida o la salud e incluso dado que los proyectos mineros se desarrollarían en las cuencas hidrográficas que sirven para la generación hidroeléctrica, se podría comprometer el suministro de la energía eléctrica.

Por tanto, siendo un Decreto de ilegal ejecución, conforme a los términos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos debe considerarse que está viciado de nulidad absoluta⁷⁴.

IX. LOS ASPECTOS AMBIENTALES AFECTADOS CON LA PROMOCIÓN DEL DESARROLLO DEL ARCO MINERO DEL ORINOCO

En lo que concierne al aspecto ambiental, en el contexto interamericano el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales⁷⁵, dispone en el artículo 11.1 que “*Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos*”; y en el contexto nacional, a nivel constitucional se han establecido dos bloques de principios: la primera categoría, dirigida a reconocer y orientar

⁷³ CIDH, Capítulo IV-A, Acceso al agua en las américas una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano, *Informe Anual 2015*, Washington D.C., 2015, pp. 481-528.

⁷⁴ Artículo 19.3 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

⁷⁵ Protocolo de San Salvador, adoptado el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999 y ratificado por Venezuela, (G. O. N° 38.192, 23/05/2005).

las conductas de las personas con respecto al ambiente, que se concretan en las siguientes reglas:

En primer lugar, el reconocimiento del derecho humano individual y colectivo a disfrutar de una vida y ambiente sano⁷⁶, seguro y ecológicamente equilibrado⁷⁷.

En segundo término, el deber intergeneracional de proteger y mantener el ambiente para beneficio propio de la generación presente y de las futuras generaciones⁷⁸.

El tercer aspecto, es la obligación de aquellas personas que estén interesadas en realizar actividades de cualquier naturaleza que puedan generar daños a los ecosistemas, de efectuar el estudio previo de impacto ambiental y sociocultural, con la finalidad de garantizar la conservación del equilibrio ecológico y el desarrollo sostenible⁷⁹.

La segunda categoría, dirigida a imponer obligaciones al Estado en la gestión y protección del ambiente, que se resumen en los términos siguientes:

En primer lugar, se tiene la obligación del Estado de garantizar el ejercicio de este derecho humano individual y colectivo a un ambiente sano y protegido de conformidad con la ley⁸⁰.

En segundo término, el Estado tiene el deber de desarrollar una política pública de ordenación del territorio, orientada en los postulados de desarrollo sostenible, que contemple la información, consulta y participación ciudadana, previa, pública e informada⁸¹⁻⁸².

También se estableció la cláusula implícita ambiental de conservación del equilibrio ecológico y de restablecimiento del ambiente a su estado natural, que se debe considerar incorporada en todas las

⁷⁶ Blanco-Urbe Quintero, A., *La definición del derecho-deber individual y colectivo al ambiente en el derecho constitucional comparado*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2005.

⁷⁷ Artículo 127 de la Constitución.

⁷⁸ Artículos 127 y 299 de la Constitución.

⁷⁹ Artículo 129 de la Constitución.

⁸⁰ Artículos 19 y 127 de la Constitución.

⁸¹ Artículos 128 y 299 de la Constitución.

⁸² Blanco-Urbe Quintero, A., La idea democrática de “participación” para la protección del ambiente. Corresponsabilidad en la protección ambiental. Una forma de participar. *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 799-828.

habilitaciones administrativas que permiten realizar actividades susceptibles de afectar los recursos naturales⁸³⁻⁸⁴.

En fecha reciente, el Decreto N° 2.323, que declara el nuevo estado de excepción y de la emergencia económica⁸⁵, faculta al Poder Ejecutivo para adoptar medidas de protección ambiental en su artículo 2.15, en el cual se dispone:

“Como consecuencia de la declaratoria del estado de excepción, de emergencia económica, a que se refiere este Decreto, el Ejecutivo Nacional podrá dictar las medidas que considere convenientes, particularmente relacionadas con los siguientes aspectos:

15. Dictar medidas de protección de zonas boscosas para evitar la deforestación, la tala y la quema que contribuyen a la disminución de las precipitaciones, alteran los ciclos hidrológicos e impactan de forma negativa amenazando los ciclos agroproductivos y cosechas, mermando los niveles de producción y afectando el acceso del pueblo venezolano a bienes y servicios, cuya vigilancia estará a cargo de la Fuerza Armada Nacional”.

El Decreto de estado de excepción no fue aprobado por el Poder Legislativo en ejercicio de sus competencias constitucionales⁸⁶, pero si fue avalado por el Tribunal Supremo de Justicia⁸⁷. Sin soslayar el conflicto institucional que ello ha generado -que escapa al objeto de este análisis-, de reconocérsele plena validez constitucional al citado Decreto de estado de excepción, el propio Poder Ejecutivo estaría obligado a dictar las medidas de protección ambiental en el área denominada “Arco Minero del Orinoco”, lo que debería repercutir en la inicial suspensión de su ejecución hasta tanto no se cumplieren las disposiciones constitucionales y legales en

⁸³ Artículo 129 de la Constitución.

⁸⁴ Villegas Moreno, J. L., La protección del medio ambiente como desafío del Derecho Administrativo en Venezuela, *Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo. Conmemoración Internacional del Centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo en Venezuela*, Tomo I, (Coord. V. R. Hernández-Mendible), Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 739-798.

⁸⁵ Decreto N° 2.323, mediante el cual se declara el Estado de Excepción y de la Emergencia Económica, dadas las circunstancias extraordinarias de orden Social, Económico, Político, Natural y Ecológicas que afectan gravemente la Economía Nacional, (G.O. N° 6.227, 13/05/2016).

⁸⁶ Asamblea Nacional, Acuerdo sobre el decreto de estado de excepción y de emergencia económica, de 17 de mayo de 2016, http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_1fd3c0c2aa81722d977e73a79a3f42b9398d71b9.pdf

⁸⁷ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, caso Decreto de estado de excepción, sentencia 441, de 19 de mayo de 2016.

la materia y posteriormente en su derogación definitiva.

Retomando los escenarios de normalidad institucional, al ir tras los antecedentes jurisprudenciales que han interpretado las reglas constitucionales ambientales, se observa que el Tribunal Supremo de Justicia ha resuelto, -en un asunto previamente planteado, aunque dentro del mismo contexto geográfico que comprende el “Arco Minero del Orinoco”-, lo siguiente:⁸⁸

“Al respecto, debe señalarse que constituye un hecho público comunicacional que la referida región del Caura ha sido sometida a una extensa presión en la explotación de sus recursos naturales y en la afectación de las etnias indígenas de la zona -Cfr. Página Web consultada el 21/4/14: <http://www.correodelcaroni.com/index.php/cdad/item/3249-mineria-ilegal-en-el-caurapodria-acabar-con-etnias-indigenas/3249-mineria-ilegal-en-el-caura-podria-acabar-con-etnias-indigenas> - lo cual bajo el principio de precaución constituía un elemento de convicción suficiente para dictar tales medidas -ello aunado al hecho no controvertido, que se desarrollaba la discusión de un Proyecto en la materia, que sería en todo caso un indicio respecto a una posible institucionalización de las explotaciones en dichas áreas-.

Circunstancia que se verificó, con una serie de pruebas oficiosas, remitidas por el Departamento de Antropología del Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas (IVIC) en fecha 30 de mayo de 2008, y el Centro de Estudios Integrales del Ambiente (CENAMB), adscrito a la Universidad Central de Venezuela, en fecha 29 de abril de 2009, que sirvieron para comprobar la amenaza que implicaría la explotación de la Reserva Forestal Caura, sin los estudios necesarios que determinasen el uso de su espacio diverso y complejo en lo cultural, ambiental, interdisciplinarios, multiétnicos y pluriculturales que garanticen modelos de protección y un uso auténticamente original, por lo que resulta ineludible realizar estudios de impacto ambiental, económico, social y cultural con una integración sistémica de los estudios realizados y de otros que contextualicen la región del Caura, así como su vida social en un ámbito regional, nacional y global”.

Luego de reconocida la necesidad de aplicar el principio precautorio y de efectuar previamente los Estudios de impacto ambiental y los socioculturales, el Máximo Tribunal efectúa las siguientes consideraciones:

“De acuerdo a lo expuesto, observa esta Sala Constitucional, que efectivamente la Sala de Casación Social en su Sala Especial Agraria, no le confirió la importancia biológica debida a los referidos bosques

⁸⁸ Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, caso CINECO y FRAMA, sentencia 420, de 14 de mayo de 2014.

tropicales que yacen en dicha reserva y a su cuenca, menos aún a, su altísimo valor hidrográfico, su alta biodiversidad y hasta íntima relación con el clima continental y planetario que éstos detentan, pues resulta evidente, que esa región que fuera declarada como Reserva Forestal, por su manto boscoso y su estado prístino, ha prestado un gran servicio a la humanidad, pues de acuerdo a cifras certificadas del Centro de Investigaciones Ecológicas y Antropológicas de la Universidad Nacional Experimental de Guayana (UNEG), de la Universidad de Oriente -Núcleo Bolívar-, de la Universidad Experimental Politécnica Antonio José de Sucre (UNEXPO) -Guayana.- y de la Fundación La Salle de Ciencias Naturales - Guayana y Caracas (2007), produce 1,4 billones de toneladas de biomasa, equivalente a más de 700 millones de toneladas de carbono, de manera que no resulta exagerado afirmar, que combate, de manera directa el denominado “calentamiento global”, por lo que deforestar sus bosques y permitir el desarrollo de la minería propiciaría la destrucción de dichas zonas productoras de biomasa, y la emisión de grandes cantidades de carbono que acelerarían el cambio climático y produciría daños irreversibles al ambiente lo que afectaría a las presentes y futuras generaciones”.

Como se puede apreciar en el párrafo precedente, el Tribunal Supremo de Justicia, no duda en reconocer que el desarrollo de la minería en una zona de reserva forestal contribuye a acelerar el cambio climático y produce daños irreversibles al ambiente, en razón de lo cual procede a concluir:

“Ello así, considera esta Sala, que en el presente caso estamos frente al uso de una Reserva Forestal, cuyo espacio geográfico alberga un extraordinario mosaico de sistemas ecológicos, donde la diversidad biológica ampara una gran gama de especies vegetales, animales y paisajes que son testigos de las edades más remotas de la humanidad, como son los tepuyes, motivo por el cual fue identificada como zona de conservación dentro de las pautas establecidas por el Ejecutivo para el Eje Orinoco-Apure. La referida reserva, está cubierta por diferentes tipos de bosques con un gran valor ambiental, económico y cultural para el país. Se estima que la cuenca del río Caura posee una biomasa aproximada de 1.400 millones de toneladas, 94% concentrada en los bosques, conjuntamente con el agua. El potencial de desarrollo y el valor intrínseco de este territorio, radica en la diversidad de ecosistemas boscosos y recursos biológicos, además de ser un importante reservorio de carbono. La flora del Caura incluye el 17% de las especies conocidas en Venezuela, 28% de la diversidad florística de la Guayana y, aproximadamente 88,3% de los géneros de las plantas registradas en la cuenca, poseen distribuciones en Venezuela restringidas a la Guayana. (Vid www.DiversiosidadBiológica.info.ve), consultado al día 29/04/2014”.

Los argumentos utilizados por la Sala Constitucional al interpretar los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución, llevan a concluir que desde la perspectiva constitucional ambiental, la ejecución del Decreto que crea el “Arco Minero del Orinoco” constituye una amenaza a la biodiversidad y el ecosistema existente en la zona geográfica indicada, que debería conllevar a su inicial inaplicación y posterior anulación, con la finalidad de proteger el ambiente y garantizar el equilibrio ecológico en la región de Guayana.

A lo anterior se debe agregar, que la Ley Orgánica del Ambiente⁸⁹ establece en sus disposiciones fundamentales y así lo ratifican las demás normas técnico-ambientales, que dicho marco normativo es de orden público⁹⁰, razón por la cual no pueden renunciarse, ni relajarse por los operadores jurídicos⁹¹.

Es así como la Ley señala que el Ministerio competente en materia ambiental tiene atribuido como órgano rector, la responsabilidad en la formulación, planificación, dirección, ejecución, coordinación, control y evaluación de las políticas, planes, programas, proyectos y actividades estratégicas para la gestión integral del ambiente⁹².

Según ello, le compete al Ministerio realizar el control ambiental tanto sobre las actividades como sobre los efectos capaces de degradar el ambiente, garantizando así tanto la gestión integral del ambiente como el desarrollo sostenible.

El artículo 80 de la Ley Orgánica del Ambiente enumera entre las actividades que se consideran capaces de degradar el ambiente, algunas de las cuales son susceptibles de producirse cuando se lleva a cabo la realización de la actividad minera, que por ende se encuentran sometidas a control previo.

En esos supuestos, el Ministerio debe ejercer el control previo a través del procedimiento administrativo que podría concluir con las autorizaciones, aprobaciones, permisos, licencias, concesiones, asignaciones, contratos, planes de manejo y registros, en razón de lo cual las personas habilitadas podrán realizar las actividades capaces de degradar

⁸⁹ Ley, (G.O. N° 5.833, 22/12/2006). El Poder Legislativo el día 30 de noviembre de 2016, sancionó la reforma parcial de la Ley Orgánica del Ambiente y el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1°, de 6 de enero de 2017, declaró la inconstitucionalidad de la reforma, con fundamento en los mismos argumentos esgrimidos para anular la reforma del Decreto-Ley que reserva al Estado las actividades de exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos.

⁹⁰ Artículo 6 de la Ley Orgánica del Ambiente.

⁹¹ Artículo 6 del Código Civil.

⁹² Artículo 18 de la Ley Orgánica del Ambiente.

el ambiente, siempre que su uso sea conforme a los planes de ordenación del territorio, sus efectos puedan ser tolerados, generen beneficios socio-económicos y se cumplan las garantías, los procedimientos y las normas vigentes para la evaluación ambiental de programas y proyectos mineros y las normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente⁹³.

Por tanto, las personas que pretendan realizar una actividad capaz de degradar el ambiente, deberán acreditar suficientemente el derecho que les asiste y cumplir con los requisitos exigidos en las normas ambientales, para la obtención de instrumentos de control previo ambiental, debiendo considerarse absolutamente nulos y no creadores de derechos a favor de los destinatarios, los instrumentos de control previo ambiental dictados en contravención de las disposiciones establecidas en la Ley, en leyes especiales, en la normativa técnica ambiental y en los planes⁹⁴. Esta consecuencia jurídica es reiterada en el artículo 109 de la misma Ley, en la cual se señala que “*Los permisos, autorizaciones, aprobaciones o cualquier otro tipo de acto administrativo, contrarios a los principios establecidos en esta Ley o sus reglamentos, se considerarán nulos, no pudiendo generar derechos a favor de sus destinatarios, y los funcionarios públicos que lo otorguen incurrirán en responsabilidades disciplinarias, administrativas, penales o civiles, según sea el caso*”.

Según los criterios convencionales, constitucionales, legales y jurisprudenciales antes mencionados, el otorgamiento de una concesión de exploración y subsiguiente explotación, de una autorización o de un permiso de los jurídicamente previstos para llevar a cabo la actividad minera en el “Arco Minero del Orinoco” o en cualquier otro espacio geográfico, que no se encuentren precedidos del cumplimiento de la normativa jurídica, técnica y ambiental serán absolutamente nulos y la realización de la actividad en tales circunstancias se debe considerar ilegal, lo que puede conducir tanto a la imposición de las sanciones de naturaleza administrativa contempladas en las respectivas leyes, como a las penas por incurrir en los delitos tipificados en las mismas.

X. CONSIDERACIONES FINALES

El nuevo régimen jurídico de la actividad minera ha supuesto una modificación normativa, institucional y de gestión, donde la regulación

⁹³ Artículo 82 de la Ley Orgánica del Ambiente.

⁹⁴ Artículos 89 y 91 de la Ley Orgánica del Ambiente.

general y tradicional ha pasado a ser supletoria de la nueva normativa, que ahora tiene un rol principal como fuente de derecho.

Un aspecto que resulta de capital relevancia es que al emitirse el Decreto que declara el estado de excepción y emergencia económica, el Poder Ejecutivo ha suspendido –al margen de la Constitución- el control del Poder Legislativo sobre los contratos de interés nacional, entre los que se ubican los contratos para el aprovechamiento de los recursos naturales dentro del sector minero.

Esto aunado a la discrecionalidad auto-atribuida por el Poder Ejecutivo, para resolver cuáles minerales se consideran estratégicos y cuáles no, ha creado un espectro de actuación del Poder Ejecutivo exento de control de hecho y de derecho, por los otros órganos que ejercen el Poder Público.

Otro elemento a destacar es que el Decreto que crea la zona denominada “Arco Minero del Orinoco”, cuyo objeto es la regulación de la exploración y explotación del oro y demás minerales estratégicos fue expedido sin la tramitación del procedimiento administrativo de consulta pública previa, libre e informada; a lo que se suma que no existe acceso a la información pública sobre los proyectos que se pretenden ejecutar.

Igualmente se debe destacar que la delimitación de la zona denominada “Arco Minero del Orinoco” fue establecida sin un Estudio previo de impacto ambiental y sin la realización de un Estudio sociocultural. A esto hay que sumarle que el mencionado espacio geográfico que constituye el hábitat de las comunidades indígenas y los pueblos originarios, -entre las que cabe incluir las etnias en contacto inicial-, no cuenta con elementos que evidencien cómo y cuándo ellas otorgaron el consentimiento libre e informado, con sujeción a los estándares internacionales.

Por todo ello, es posible concluir que la ejecución del Decreto que crea la zona denominada “Arco Minero del Orinoco” puede llevar a una intensa y extensa deforestación que afecte las reservas forestales y los parques naturales nacionales, a impactar en la flora y la fauna de la zona, contaminar las aguas de los ríos y consecuencia de la deforestación incidir en los caudales, pudiendo afectar tanto la generación hidroeléctrica de la presa del Guri como el abastecimiento de agua en población, que garantice el ejercicio del derecho humano al agua potable y en atención a todo lo anterior, el Desarrollo Sostenible.

