

Trazado de redes eléctricas y territorios de pueblos originarios: experiencia comparada

Se revisa la legislación extranjera de Colombia, Estados Unidos de Norteamérica, Nueva Zelanda y Canadá, sobre la situación de las comunidades indígenas y sus territorios, y la regulación existente para la instalación en ellos de sistemas de transmisión eléctrica.

La revisión da cuenta de la existencia de los siguientes modelos:

- En los casos de, EEUU y Canadá, se está avanzando en el fortalecimiento de las propias comunidades aborígenes a fin de que ellas puedan establecer mecanismos que les permitan la gestión y administración de su territorio y recursos. Esto permitiría que la propia comunidad regule la forma en que se permitirá el paso de una línea de transmisión eléctrica en su territorio. Sin perjuicio de que se sometan a la legislación ambiental correspondiente.
- En el caso de Colombia, si bien la regulación declara que las comunidades son autónomas para la regulación de sus territorios, no establece un marco específico para su accionar. En este caso la

intervención queda sujeta a los procesos de consulta asociados al cumplimiento de la legislación ambiental y de reconocimiento indígena.

- En el caso de Nueva Zelanda, la administración de todos los recursos del país recae en un marco general: La Ley de administración de los recursos. Sin embargo, esta norma incorpora el cumplimiento de los principios de la cultura maori, establecidos en el Tratado de Waitangi como base de acción para su aplicación. Además, tanto los instrumentos de planificación como sus modificaciones, deben ser sometidos a la aprobación de las autoridades maories si intervienen en sus territorios. Igualmente, en los casos de actividades no previstas en la planificación, estas deben ser objeto de un proceso de consentimiento de las autoridades indígenas.

Está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.

Contacto

E-mail: atencionparlamentarios@bcn.cl

Tel.: (56)32-226 3168 (Valpo.)

Verónica de la Paz Mellado

Es arquitecto de la Universidad de Valparaíso, Chile, 1998 y Máster en Economía Urbana de la Universidad Mayor año 2009.

Sus temas de especialidad son: viviendas, ciudades, territorio.

E-mail: vdelapaz@bcn.cl

Tel.: (56) 32 226 3907

Introducción

La Naciones Unidas en su informe sobre la situación mundial de los pueblos indígenas, 2009, señala que los Estados parte deben avanzar en la creación de áreas protegidas indígenas que permitan el reconocimiento y promoción de la autonomía, compartir equitativamente los beneficios, sociales y económicos generados por estos territorios para la reducción de la pobreza y la exclusión de estos grupos humanos.

Además, hace mención al actual Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989), señalando que dicho cuerpo reconoce los derechos territoriales de los pueblos indígenas, incluyendo en su definición, la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos están interesados en ocupar, estableciendo además el derecho sobre los recursos naturales existentes, incluidos el derecho a participar de la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Para asegurar este derecho, el Convenio 169 establece la necesidad de realizar consultas, y hacer efectivas la participación de los beneficios y la compensación en los casos en que se requiera. Además señala el derecho a la participación en todos los niveles y en todas las tipologías de intervenciones.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece nuevas directrices en este sentido, apuntado al derecho a promover estrategias de desarrollo o de utilización de sus tierras y recursos, y profundizan el Convenio 169, en el sentido que no solo debe consultárseles sobre los proyectos que les afectan sino que la consulta y consentimiento debe ser realizado antes de la aprobación de las iniciativas, particularmente de aquellas que dicen relación con el desarrollo, utilización y explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios.

La experiencia da cuenta que la valoración del territorio que realizan las comunidades indígenas, que promueven modelos no extractivos, de supervivencia, y asociados a una alta vinculación cultural a su tierra, es opuesta a los modelos de desarrollo promovidos por las sociedades actuales, por tanto, es potencialmente una muy probable fuente de conflicto que requiere la implementación de marcos regulatorios específicos que permitan equilibrar y satisfacer a los distintos actores y sus intereses.

I. Experiencia comparada

1. Colombia

La Constitución de Colombia (1991) establece la protección de las tierras comunales de los grupos étnicos, las que son inalienables, imprescriptibles, e inembargables (Artículo 63) y asimismo reconoce a los territorios indígenas como unas de las entidades en que se divide la administración del Estado junto con los departamentos, distritos y municipios (Artículo 286).

De esta manera, dentro de sus territorios, los pueblos indígenas de Colombia gozan de "autonomía para la gestión de sus intereses", lo que les permite, dentro de los límites constitucionales y legales, gobernarse por sus propias autoridades, ejercer las competencias que les correspondan, administrar sus recursos y establecer tributos, y participar en las rentas nacionales (Art. 287). Consecuentemente con ello, se establece que los territorios indígenas son gobernados por Consejos Indígenas conformados y reglamentados según el derecho propio indígena, los que tienen entre sus funciones diseñar políticas y planes de desarrollo, percibir y distribuir recursos, y representar a su territorio ante el Gobierno central, entre otras (Art. 330).

Asimismo, en su artículo N° 330, señala explícitamente que: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de la respectivas comunidades".

En este mismo sentido, el 7 de agosto de 1991, se ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), uno de cuyos pilares fundamentales es la consulta indígena previa, "cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" (Artículo 6).

Por otra parte, la regulación eléctrica, en el capítulo X de la Ley 143 de 1994, establece el régimen de las actividades de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad-, explicitando las exigencias que deben cumplir los proyectos de transmisión eléctrica en relación a la conservación del medio ambiente. Así, establece que las empresas que desarrollen proyectos en este ámbito tienen la obligación de:

“evitar, mitigar, reparar y compensar los efectos negativos sobre el ambiente natural y social generados en el desarrollo de sus funciones”.

La misma norma obliga a que dichos proyectos susceptibles de provocar algún tipo de deterioro ambiental, están obligados a obtener previamente una licencia ambiental y sus correspondientes estudios.

Específicamente el artículo N° 53 señala que debe informarse y solicitárseles su opinión a la comunidad afectada, tanto durante la fase de estudio y condicionando la ejecución del proyecto, como durante la fase en que se obtienen los resultados y las definiciones adoptadas en relación a los impactos ambientales, las medidas de mitigación previstas, el plan de acción ambiental y los mecanismos con que se les involucrará en el Plan de Acción Ambiental.

Particularmente para la obtención de las licencias ambientales en territorios de pueblos indígenas, la legislación colombiana contempla un mecanismo de consulta específico reglamentado por el Decreto 1320 de 1998. Allí se establece la participación indígena en la autorización de la explotación de recursos naturales dentro del territorio indígena o negro, ya sea sobre tierra titulada o no titulada en que se acredite la habitación de manera regular y permanente.

El Decreto contempla dos momentos de participación. El primero, durante la elaboración de los estudios ambientales correspondientes, y un segundo momento en que se desarrolla la consulta indígena propiamente tal. El objetivo central de este proceso es:

“analizar el impacto económico, social, ambiental y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, [...] y las medidas propuestas para proteger su integridad” (Artículo 1).

Por otra parte, el Decreto N° 1397 de 1996 crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Originarios y Organizaciones Indígenas, en la que se establece la prohibición de otorgar una licencia ambiental sobre los pueblos o comunidades indígenas sin la realización de estudios económicos, sociales y culturales; los que deberán realizarse con la participación de las comunidades, sus autoridades y organizaciones.

Además en la mesa que crea esta regulación, se podrá solicitar la revisión de los permisos y licencias sobre territorios indígenas, otorgados o en trámite, y solicitar su suspensión o revocación cuando sean violatorios de sus derechos.

Sin perjuicio de las normativas específicas que se han dictado, que regulan particularmente el procedimiento de consulta indígena, coexiste la Mesa permanente de concertación con pueblos originarios y organizaciones indígenas.

2. Estados Unidos de Norteamérica.

La *Energy Policy Act* del año 2005, establece un capítulo específico, cuyo objeto es el desarrollo del ámbito energético en los territorios indígenas, considerando que ellos cuentan con su propia organización y determinación. Se establece la obligación de la Secretaría de Interior, de proporcionar recursos para este efecto, tanto en subvenciones como créditos, como prestar los recursos y asesoría para establecer políticas e iniciativas propias de las comunidades o tribus. Esto a objeto de permitir el propio desarrollo energético de las comunidades en su territorio o la asociación de las comunidades con otros actores para este desarrollo.

Además establece que se deberá crear un departamento de energía indígena, que tendrá entre otras responsabilidades la obligación de entregar el conocimiento y formación para que las comunidades puedan entregar su consentimiento de manera crítica e informada en los casos en que así se requiera, por ejemplo para el desarrollo de proyectos de terceros que afecten sus territorios.

Por otra parte, la nueva reglamentación señalada (2005) autoriza a las comunidades para:

- a. Establecer un acuerdo con la Secretaría de Interior, denominado *Tribal Energy Resource Agreement* (TERA), que corresponde a un marco regulatorio específico para el territorio, de acuerdo a la regulación propia de la comunidad indígena y cumpliendo con los requisitos del marco regulatorio nacional, principalmente los de carácter ambiental.
- b. Celebrar contratos de arriendo o de negocio, entre las propias comunidades o con terceros, para la exploración, extracción, tratamiento y desarrollo de los recursos minerales o energéticos existentes en su territorio; la construcción y operación de una planta de generación eléctrica, de transmisión o distribución, situada en suelo tribal, o la instalación de una planta para procesar o refinar los recursos energéticos. Estos contratos no requerirán la autorización de la Secretaría de Interior, si forman parte de un TERA firmado por la tribu, y sean, en el caso de la distribución eléctrica, contratos inferiores a 30 años.

3. Nueva Zelanda

El Tratado de *Waitangi* celebrado entre los jefes maoríes y la Corona británica en 1840, establece el marco de relación entre el pueblo maorí y la Corona. Allí se señala que la tierra tiene un valor especial en la cultura maorí y por ello es deseable que se promueva la permanencia de la tierra en manos de los aborígenes, facilitando su ocupación, el desarrollo y la utilización de la tierra en beneficio de sus propietarios. Desde esta misma perspectiva se señala que es deseable la existencia de un tribunal específico, además de mecanismos que ayuden a que esta población pueda ejercer estos derechos.

Específicamente en el ámbito del territorio, en 1993 se dictó la *Te Ture Whenua Maori Act (Maori Land Act)*, que después de un largo periodo de conflictos y disputas entre los aborígenes y otros actores, busca equilibrar los objetivos entre la mantención de la propiedad de la tierra maorí y su desarrollo.

La legislación reconoce distintas categorías de suelo indígena: el suelo maorí tradicional, las tierras maoríes de dominio absoluto, la tierra propiedad de maoríes bajo el régimen general, la tierra de la Corona reservada para los maoríes (principalmente espacios significativos). Para la gestión y administración de estos suelos establece organismos específicos: La Corte de Tierra Maorí (*Maori Land Court*) y la Corte de Apelaciones sobre las tierras maoríes. Ellas tienen la potestad de revisar y declarar la calidad jurídica de cada parcela de suelo, en relación a estas categorías, y respetando la *Tikanga Maori*, estatuto tradicional de su cultura. Toda la tierra maorí está bajo su administración y los aborígenes deben solicitar su autorización para administrar una porción de ella, además de lo cual se hacen cargo de la aplicación de otras legislaciones como, por ejemplo, las vinculadas a la actividad pesquera.

Entre otras responsabilidades, también mantienen los registros de título y la información de la propiedad de la tierra maorí y facilitan la administración y su desarrollo a través de la prestación de servicios a las comunidades maoríes.

Por otra parte, la Ley para el ordenamiento de los recursos (1991), establece el marco legislativo para promover la gestión sostenible de los recursos naturales y físicos (de creación humana) del territorio. En el marco de esta norma la gestión sostenible implica el uso, desarrollo y protección de los recursos de una manera y ritmo que permitan a las personas y comunidades su bienestar económico, cultural y social, su salud y seguridad; y mantener el potencial de los

recursos para las generaciones futuras. Señala que se salvaguardará la capacidad de soporte vital del aire, agua, suelo y ecosistemas y se tratará de evitar, remediar o mitigar los posibles efectos adversos sobre el medio ambiente.

En relación al Tratado de *Waitangi*, señala explícitamente que para el cumplimiento de los fines de esta norma, todas las personas que ejerzan funciones o atribuciones entregadas por la Ley de Ordenamiento de recursos deberán tener en cuenta los principios del Tratado de *Waitangi*, los que se refieren al deber de los maoríes y de la Corona de actuar de manera razonable y de buena fe; y al deber de la Corona de proteger activamente los derechos de los maoríes, permitiéndoles tomar decisiones informadas en los casos en que se requiera su consulta.

Esta norma prevé que la utilización de los recursos se hará mediante el establecimiento de políticas, planes y programas que establecerán un marco general de acción.

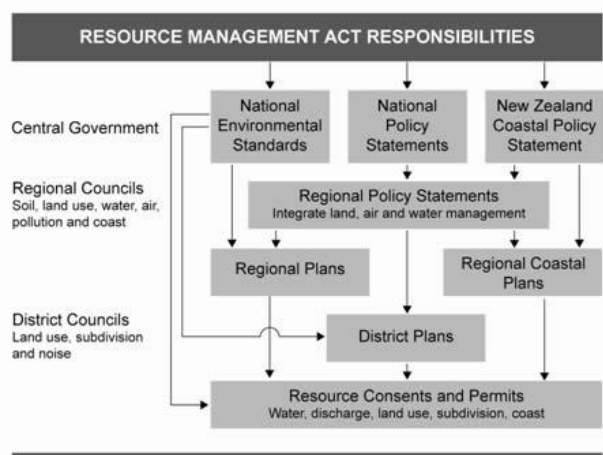
Se contempla, entonces, que un primer marco de acción lo constituye la participación activa de las autoridades, incluidas las maoríes de cada tribu (*iwi*) o sub-tribu (*hapu*) en que se organicen en el territorio en comento, en estos procesos de planificación, tanto durante su estudio y aprobación como también en los casos de revisión de ellos, requiriéndose su aprobación expresa.

Cuando se establece en una planificación, una condición específica para un tipo de actividad, como puede ser la transmisión eléctrica, esta autorización recibe el nombre de designación.

Las consultas señaladas están reguladas de manera de asegurar la información y la objetividad en las decisiones, y las autoridades aborígenes se encuentran identificadas en un registro para estos efectos.

También se contempla la posibilidad de acciones conjuntas entre las autoridades locales y las autoridades de las comunidades maoríes en el mismo territorio,

Figura N°1: Responsabilidades y niveles de la planificación en la Ley de Gestión de Recursos.



Fuente: *Sustainable management of electricity transmission.*

Una segunda herramienta, específica para los casos no contemplados en la planificación, son los denominados “consentimientos”. La norma establece cinco categorías de consentimientos según los requerimientos que se planteen.

- Consentimiento para el uso de la tierra.
- Consentimiento para subdividir.
- Consentimiento para desarrollar una actividad en un área marina costera.
- Consentimiento para el uso del recurso agua.
- Consentimiento para un permiso de descarga.

Algunas características de los consentimientos, señaladas en la Guía de Nueva Zelanda para el Medio Ambiente, dicen relación con:

- En el ámbito del recurso suelo su temporalidad es ilimitada.
- No forma parte de la propiedad de quien lo obtiene sin embargo son transferibles y no son derogables.
- Si no son utilizados caducan a los cinco años.
- Puede ser modificado por un nuevo consentimiento, tramitado como si fuese una primera solicitud.
- Debe ser fiscalizado por las autoridades locales.
- Pude ser revocado si se obtuvo en base a información falsa o ha sido condenado por incumplimientos de sus condiciones.

En el ámbito específico de las actividades de transmisión eléctrica, en algunos formas de planificación se anticipa el establecimiento de esta actividad por medio de una designación; en

otros casos, se debe solicitar un consentimiento específico.

En la comprensión de este modelo cabe tener en cuenta algunas consideraciones, a saber:

- La Ley de Ordenamiento de Recursos, en su artículo 11, explícitamente prohíbe la subdivisión del suelo- entendiendo por subdivisión del suelo tanto su división física como su venta, arrendamiento, concesión o servidumbre. Para hacerlo esta debe estar considerada en una planificación o debe ser sometido al procedimiento especial de consentimiento. Si bien el procedimiento de consulta está previsto en la legislación neozelandesa, este se refiere a las autoridades de las comunidades indígenas y no contempla consultas para los posibles afectados por cuanto el suelo es un recurso colectivo y no afectaciones individuales.
- Sin perjuicio de lo señalado, existe la posibilidad de recurrir ante los Tribunales Ambientales en el marco de la legislación ambiental. La Ley de Ordenamiento de Recursos reconoce los derechos de uso existentes como aquellas situaciones o derechos vigentes al momento de entrada en vigencia de esta norma o cuyos impactos son equivalentes a los existentes y ya autorizados.
- Por último, la situación actual de la tierra de las comunidades maorí en sus distintas formas, ha planteado algunas situaciones que han gatillado su actual revisión, como por ejemplo, la propiedad colectiva, el aumento del número los propietarios por fallecimiento, el bajo valor económico de algunas propiedades, los problemas de accesibilidad e inconsistencia en los registros existentes, los que constituyen barreras en la aplicación de las disposiciones descritas.

4. Canadá.

La legislación de Canadá regula la relación con los pueblos originarios en relación a su suelo, mediante la *Indian Act* a excepción de los aborígenes inuit. Existe un registro de las personas que ostentan esta condición.

Las relaciones con los aborígenes quedan bajo la tuición de un Ministro de asuntos indios y Desarrollo del Norte.

Las reservas corresponden a terrenos de propiedad de la Corona (que en el caso canadiense corresponde al gobierno central) para el uso y beneficio de las comunidades de indígenas (bandas).

El ministro deberá autorizar el uso de parte de las tierras de una reserva para su utilización para una escuela de la comunidad, la administración de asuntos indios, el cementerio de la comunidad, proyectos de salud, y en general cualquier uso que vaya en beneficio de la comunidad.

Asimismo el ministro tiene la facultad de subdividir la reserva en lotes u otro tipo de terreno menor, así como de determinar la ubicación y dirigir las obras de carreteras emplazadas en la reserva.

Las tierras tienen carácter colectivo, sin perjuicio de que el Consejo de la banda, puede asignar la posesión de la tierra a un aborigen mediante un Certificado de Posesión. Sin embargo el Ministro puede denegar esta asignación y disponer un certificado de ocupación de manera temporal y estableciendo condiciones de uso por un periodo de dos años.

Transcurrido este plazo existen dos posibilidades: o asigna la posesión, en concordancia con la banda, o declara su vacancia para una nueva designación.

Esta misma norma reconoce como derechos de posesión basados en regulaciones anteriores como derechos de posesión.

Un aborigen que se encuentre en posesión de un Certificado de posesión puede transferirlo solo a otro miembro de la banda y esto debe ser aprobado por el Ministro, en un plazo no superior a seis meses desde que define dejar una reserva.

Se establece además que una ley del parlamento, la legislatura provincial o la Corona en representación de una provincia, así como la autoridad local, pueden tomar o utilizar tierra o intereses de la reserva, sin ningún consentimiento de la banda y con la sola autoridad del "Gobernador en Consejo" sin perjuicio de la compensación o pago que se establezca por esta acción, lo que deberá ir en beneficio de la banda.

A contar de 1999 se encuentra vigente la Ley de administración de tierras de las primeras naciones que establece la posibilidad de un nuevo régimen de administración de los territorios.

En este nuevo marco, las tribus deberán elaborar un Código de Tierras que describa las tierras involucradas, elevar una propuesta de normas y procedimientos generales aplicables al uso y ocupación de esta comunidad, así como las condiciones para el otorgamiento de: licencias y concesiones, intereses de tierra; sucesiones y herencias, disposición de los ingresos generados, formas de rendición de cuentas, normas y procedimientos en caso de ruptura del vínculo matrimonial, conflictos de interés, resolución de controversias, concesiones, expropiaciones, gestión del suelo, entre otros aspectos.

Bajo este nuevo marco la tribu podrá establecer distintos mecanismos para la administración y gestión de su territorio así como para el aprovechamiento de los recursos naturales disponibles.

Los mecanismos que bajo norma se establezcan serán aplicados por los organismos que en este mismo marco se establezcan para los objetivos definidos.

Se mantiene la facultad de la Corona para expropiar terrenos en casos específicos y siempre que se verifique que constituye la mejor y única alternativa para resolver la necesidad de suelo de que se trate.

Se establece además que en temas ambientales prevalece el criterio establecido en la legislación ambiental por sobre los preceptos que establezca la regulación de la comunidad.

Referencias

Constitución Política de Colombia de 1991. Versión disponible del año 1991. Recuperado el 11 de marzo de 2016, desde http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm

Decreto N° 1397 de 1996 crea la Comisión Nacional de Territorio Indígenas y la Mesa permanente de concertación con los pueblos originarios y organizaciones indígenas. Colombia. Versión disponible del 8 de agosto de 1996. Recuperado el 10 de marzo de 2016, desde <http://www.refworld.org/docid/488455cc2.html>

Decreto N° 1320 de 1998 por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales en su territorio. Colombia. Versión del 24 de diciembre de 2015. Recuperado el 11 de marzo de 2016, desde http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1320_1999.html

Energy Policy Act de 2005. Estados Unidos de Norteamérica. Versión disponible del año 2005. Recuperado el 11 de marzo de 2016, desde http://energy.gov/sites/prod/files/2013/10/f3/epact_2005.pdf

First Nations Land Management Act. 1999. Versión disponible del 15 de febrero de 2016. Recuperado el 15 de marzo de 2016, desde <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-11.8/page-1.html>

Guía de Nueva Zelanda para el Medio Ambiente. Página Web institucional. Capítulo específico sobre la Ley para el ordenamiento de los recursos y el pueblo maorí. Recuperado el 14 de marzo desde <http://www.environmentguide.org.nz/rma/maori-and-the-rma/>

Indian Act. Canadá. Versión del 15 de febrero de 2016. Recuperado el 15 de marzo de 2016, desde <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-5/page-1.html>

Las tierras maoríes y su administración.2004. Contralor y Auditor General Nueva Zelanda. Recuperado el 14 de marzo de 2016, desde <http://www.oag.govt.nz/2004/maori-land-court/part2.htm>

Ley N° 143 de 1994 que establece el régimen de las actividades de generación interconexión, transmisión, distribución y comercialización de la electricidad. Colombia. Versión disponible del 11 de julio de 1994. Recuperado el 10 de marzo de 2016, desde <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4631>

Maori Land Court. Pagina Institucional. Recuperada el 14 de marzo de 2016, desde <http://www.justice.govt.nz/courts/maori-land-court>

Organización Internacional del Trabajo. Ratificación del Convenio 169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Recuperado el 11 de marzo de 2016, desde http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314

Resource Management Act (1991) Nueva Zelanda. Version del 23 de septiembre de 2015. Recuperado el 14 de marzo de 2016, desde <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1991/0069/latest/DLM230265.html#DLM230264>

State of the World's Indigenous Peoples, 2009. Naciones Unidas. Recuperado el 11 de marzo de 2016, desde http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP/en/SOWIP_web.pdf

Proposed National Enviroment standar for electricity transmission: discussion document.2007. Sustainable management of electricity transmission. Ministry of environment. Nueva Zelanda. Documento de discusión de las normas actualmente en vigencia. Recuperado el 14 de marzo de 2016, desde <http://www.mfe.govt.nz/publications/rma/nes-electricity-transmission-discussion-doc-oct07>

Te Ture Whenua Maori Act (Maori Land Act), 1993. Nueva Zelanda. Versión del 1 de abril de 2014. Recuperado el 14 de marzo de 2016, desde <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0004/latest/DLM289882.html>Resource Management Act 1991. Nueva Zelanda.