

**MARCO JURÍDICO DEL  
ACCESO Y APROVECHAMIENTO DE  
RECURSOS NATURALES:**

**ANÁLISIS DE  
EXPERIENCIAS  
INTERNACIONALES**

Editores: Isabel Calle y Manuel Ruiz

---



**SPDA**  
Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

## **MARCO JURÍDICO DEL ACCESO Y APROVECHAMIENTO DE RECURSOS NATURALES: ANÁLISIS DE EXPERIENCIAS INTERNACIONALES**

### **Programa de Política y Gestión Ambiental**

El Programa de Política y Gestión Ambiental de la SPDA impulsa y contribuye al desarrollo de las políticas públicas y herramientas legales que tengan como finalidad la mejora integral de la gestión y la institucionalidad ambiental en el Perú, promoviendo con ello el desarrollo sostenible a partir de un enfoque transectorial y descentralizado.

Para alcanzar este objetivo, lideramos y acompañamos activamente a los distintos niveles de gobierno en la generación de políticas, instrumentos de gestión y planificación ambiental, y realizamos programas de capacitación y fortalecimiento institucional buscando la generación de espacios de diálogo y sensibilización en temas clave de la agenda ambiental nacional.

Nuestra motivación es consolidar el establecimiento de políticas públicas ambientales integrales y coherentes con las políticas sectoriales, regionales y locales, atendiendo al carácter sistémico de la gestión ambiental; y la transparencia en la gestión pública, contando con el involucramiento responsable, informado y comprometido de la sociedad civil.

### **Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad**

El Programa de Asuntos Internacionales y Biodiversidad de la SPDA participa activamente en el fomento y creación de mecanismos que permitan la efectiva aplicación de los diferentes acuerdos internacionales, especialmente el Convenio sobre la Diversidad Biológica, del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y el Protocolo de Kyoto.

Asimismo, participa activamente en la elaboración y promoción de legislación ambiental, en temas tales como: recursos genéticos, biodiversidad, biocomercio, agrobiodiversidad, conocimientos tradicionales y cambio climático, procurando que los intereses de los diversos actores sociales, especialmente de los pueblos indígenas, se vean recogidos en ella. A su vez, tiene una activa participación en diferentes espacios como la Comisión Nacional de Diversidad Biológica.

**Editores:** Isabel Calle y Manuel Ruiz

**Investigadores:** Ilko Rogovich, Carol Mora, José Luis Escurra, Nelson Figueroa y Luis García.

**Corrección de estilo:** Sara Mateos

**Gráficos:** SPDA

**Diseño de portada:** Aldo Gonzales - NEGRAPATA SAC

**Diseño y diagramación:** Aldo Gonzales - NEGRAPATA SAC

**Impresión:** NEGRAPATA SAC, Jr. Huancavelica 641 - 101, Lima 01

© Sociedad Peruana de Derecho Ambiental

**Presidente:** Jorge Caillaux

**Director ejecutivo:** Pedro Solano

Prolongación Arenales 437, San Isidro, Lima

Teléfono: (+511) 6124700

[www.spda.org.pe](http://www.spda.org.pe)

[www.legislacionambientalspda.org.pe](http://www.legislacionambientalspda.org.pe)

[www.actualidadambiental.pe](http://www.actualidadambiental.pe)

[www.conservacionprivada.org](http://www.conservacionprivada.org)

[www.legislacionanp.org.pe](http://www.legislacionanp.org.pe)

[www.legislacionforestal.org](http://www.legislacionforestal.org)

[www.biopirateria.org](http://www.biopirateria.org)

---

Esta publicación ha sido posible gracias al apoyo de la Cooperación Belga al Desarrollo. Las opiniones aquí expresadas son las de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Cooperación Belga al Desarrollo.

---

Primera edición, diciembre del 2012.

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-01731

ISBN: 978-9972-792-81-6

# CONTENIDO

---

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>05</b>
<b>1. DERECHOS SOBRE RECURSOS NATURALES .....</b>	<b>07</b>
1.1 Colombia.....	10
1.2. Bolivia.....	14
1.3 España.....	15
1.4 Estados Unidos de Norteamérica.....	17
1.5 Sudáfrica.....	20
<b>2. LOS PUEBLOS INDÍGENAS: DERECHOS Y LIMITACIONES RESPECTO DE LOS RECURSOS NATURALES .....</b>	<b>23</b>
2.1 Estados Unidos de Norteamérica.....	26
2.2 Colombia.....	29
2.3 Bolivia.....	30
2.4 Sudáfrica.....	31
<b>3. LA DESCENTRALIZACIÓN COMO UNA HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES.....</b>	<b>33</b>
3.1 Chile.....	35
3.2 Colombia.....	36
<b>4. REFLEXIONES FINALES .....</b>	<b>39</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>41</b>



# INTRODUCCIÓN

---

Para poder entender la situación jurídica de los recursos naturales en el Perú y su relación con algunos de los conflictos socioambientales que se han presentado en los últimos años, la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA) ha venido implementando el proyecto: “Construyendo un nuevo paradigma: derechos y obligaciones sobre el acceso y uso de recursos naturales en el Perú. Una visión desde la sociedad civil”. En él se han desarrollado varias investigaciones y actividades con el fin de identificar las causas de estos conflictos y su relación con los marcos normativos, y de dilucidar las posibles soluciones u opciones para mitigarlos.

En ese sentido, para alcanzar los objetivos antes mencionados, se ha visto necesario revisar los regímenes jurídicos sobre los recursos naturales de otros países, examinando sus principales disposiciones, implicancias, beneficios y retos. Con esta información se espera contribuir con el proceso de revisión del régimen peruano sobre acceso y aprovechamiento de los recursos naturales.

El presente documento comienza con una presentación doctrinaria de los temas, para luego pasar a exponer las diversas experiencias nacionales. Mientras se desarrollan los temas principales, se analizan otros relacionados con los derechos sobre los recursos y los conflictos que giran en torno a ellos.

De esta manera, en este documento se abordan asuntos tales como el dominio del Estado sobre los recursos naturales, el régimen de propiedad sobre ellos, el régimen de acceso a los recursos genéticos, la distribución de beneficios, el dilema del suelo y del subsuelo, el territorio y los pueblos indígenas, y la descentralización como un mecanismo para optimizar la gestión de los recursos naturales y como una posible alternativa para evitar los conflictos socioambientales derivados de su aprovechamiento.

Cabe señalar que la revisión de estos modelos no es sistemática ni exhaustiva, sino sólo un análisis en el que se toman en cuenta las distintas disposiciones y características de los regímenes de diferentes países para lograr un aprovechamiento equitativo de los recursos naturales.



# 1

## **DERECHOS SOBRE RECURSOS NATURALES**

En el Perú, como en otros países de tradición latina que siguen la corriente del derecho romano, se ha regulado el acceso a los recursos naturales sobre la base de un *sistema dominialista* mediante el cual se entiende que ellos forman parte del patrimonio de la nación y que el Estado es su administrador. No obstante, esta clasificación o conceptualización de los recursos suscita ciertas interrogantes, por lo que es necesario aclarar las siguientes nociones: dominio y propiedad.

¿Qué significa el *dominio* del Estado sobre los recursos naturales? Una explicación sencilla de este concepto hace referencia al poder del Estado sobre estos recursos, respondiendo a la consideración de que él es el “dueño original” de los bienes que existen en su territorio.<sup>1</sup> Así, en el sistema jurídico peruano el dominio de los recursos naturales se establece bajo la forma del “dominio eminential”, el cual faculta al Estado a otorgar derechos a los particulares sin desprenderse de lo que se denomina el “dominio latente”.<sup>2</sup>

El sistema dominialista presenta dos grandes vertientes:<sup>3</sup>

- b) El sistema dominialista-socialista, mediante el cual se reserva el dominio de los recursos naturales renovables y no renovables exclusivamente a favor del Estado, estando prohibido el otorgamiento de cualquier tipo de derecho a los particulares o habiendo limitaciones severas al respecto.
- a) El sistema dominialista-regalista, que consagra el dominio de los recursos naturales renovables y no renovables a favor del Estado, pero permite que este realice su explotación a través de empresas estatales o que entidades privadas la ejecuten mediante concesiones, contratos, permisos u otros instrumentos diseñados en las normas generales y leyes especiales.

Es importante tener presente que los recursos naturales no son objeto de un derecho de propiedad, pues el dominio configura una titularidad especial que se caracteriza por estar sujeta a una normativa específica de derecho público que consagra su indisponibilidad por ser de naturaleza inalienable e imprescriptible, constituyendo así bienes de dominio público.<sup>4</sup> Es decir, la interpretación de que el Estado tiene un derecho de propiedad sobre los recursos naturales es incorrecta.

Por otro lado, de acuerdo a la legislación peruana, la *propiedad* es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, debiendo este ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.<sup>5</sup> En ese sentido, la propiedad es el derecho más completo que se puede tener sobre una cosa, ya que esta se encuentra sometida a la voluntad, exclusividad y accionar del propietario.<sup>6</sup>

Sin embargo, como se mencionó en el párrafo anterior, los derechos que conforman la propiedad encuentran sus límites en un régimen de restricciones establecido por la ley, mediante el cual se impone un coto al derecho del propietario, que responde a intereses mayores tales como la defensa nacional, el urbanismo, la seguridad de las personas, el medio ambiente, la salud, etc. Además, también se establecen algunas limitaciones que reducen el poder que normalmente tiene el dueño sobre su bien, teniendo estas su origen en la necesidad, utilidad o interés social y por la propia voluntad de las partes.

1 En: <[http://www.lostiempos.com/diario/opiniones/columnistas/20100813/dominio-originario\\_84865\\_161882.html](http://www.lostiempos.com/diario/opiniones/columnistas/20100813/dominio-originario_84865_161882.html)>.

2 Artículo 66 de la Constitución Política del Perú de 1993. El dominio latente podría considerarse como el derecho del Estado de exigir el retorno de los recursos naturales a su dominio, en caso no se cumplan con los requisitos del derecho otorgado.

3 Belaunde Moreyra 2009: 22.

4 Lastres Bérminzon 2009: 23.

5 Artículo 923 del Código Civil Peruano.

6 Lasarte 2012: 77.



El derecho de propiedad se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>7</sup> y en la propia Constitución Política del Perú,<sup>8</sup> dándole esto el carácter de derecho fundamental, pero como ya se indicó, su ejercicio debe acompañar a un fin mayor.

A continuación, pasaremos a revisar los regímenes de varios países en lo que respecta a la forma de dominio y propiedad sobre los recursos naturales, analizando las particularidades de cada uno de estos marcos legales y políticos y algunos temas relacionados con ellos.

---

7 Artículo 17: "1.- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2.- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad".

8 Artículo 2: "Toda persona tiene derecho a: [...] 16.- A la propiedad y a la herencia".

## 1.1. COLOMBIA

El dominio sobre los recursos naturales en Colombia sigue la corriente dominialista establecida en el Perú, ya que su Constitución establece que el Estado es el propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.<sup>9</sup> A través de normas legales expresas, este país determina la forma en que se regularán las condiciones para la explotación de dichos recursos, así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos.<sup>10</sup>

Al igual que en el Perú, en Colombia la explotación de los recursos incluye un modelo de contraprestación económica a favor del Estado a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. Cabe señalar que los departamentos y municipios en cuyo territorio se desarrollan actividades de aprovechamiento de recursos naturales no renovables, obtienen el derecho a participar en las regalías y compensaciones.<sup>11</sup> Según la Corte Constitucional de ese país, la figura de la regalía se introduce por la naturaleza no renovable o no regenerativa del recurso natural:

[...] la Carta establece un contenido esencial del régimen de regalías que debe ser respetado por el Legislador, el cual incluye, entre otras cosas, el deber del Congreso de imponer el pago de regalía por la explotación de todo recurso no renovable (CP art. 360). Además, en la medida en que las regalías recaen sobre este tipo de recursos, es claro que estos dineros pretenden compensar el agotamiento del capital natural que produce la explotación de recursos naturales que no se renuevan.<sup>12</sup>

Además del derecho de compensación directa, se establece una lógica redistributiva y de participación indirecta de los beneficios derivados del aprovechamiento de los recursos naturales. Así, en el artículo 361 de la Constitución colombiana se señala que con los ingresos provenientes de las regalías que no sean asignados a los departamentos y municipios en donde se desarrolla la actividad, se creará un fondo nacional de regalías cuyos recursos se destinarán a las entidades territoriales en los términos que señale la ley. Estos recursos serán utilizados en la promoción de la minería, en la preservación del ambiente y en el financiamiento de proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales.

De acuerdo al profesor Velásquez Jaramillo, resulta lógico que la titularidad de los recursos naturales y de las regalías que genere su explotación sea de un ente más abstracto, que representa a todos los colombianos y a los distintos niveles territoriales, esto es, el Estado colombiano como tal, quien es entonces el propietario<sup>13</sup> de los recursos no renovables y el titular de las regalías.<sup>14</sup>

9 Artículo 332: "El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes".

10 Artículo 360: "La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables así como los derechos de las entidades territoriales sobre los mismos. La explotación de un recurso natural no renovable causará a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte.

Los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones".

11 *Ibíd.*

12 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1548 del 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

13 Esta concepción de propietario se hace en función a lo dispuesto en la Constitución de Colombia. Sin embargo, el verdadero sentido de esto es el carácter administrador de los recursos naturales que efectivamente desarrolla el Estado.

14 Velásquez Jaramillo 2004: 88.

El modelo colombiano, sin embargo, presenta una particularidad respecto de otros modelos derivados de la tradición del civil law. En Colombia, el régimen general de propiedad estatal sobre los recursos naturales establece como excepción, a favor de la propiedad privada, los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes anteriores a la Constitución de 1991. De esta manera, la nación colombiana ha optado por respetar los siguientes regímenes jurídicos sobre la propiedad del subsuelo y de sus recursos:

- El Ordenamiento de Alcalá, de 1348, mediante el cual la Corona española hizo un acto de dominio sobre las minas de metales y salinas, pero reconoció la existencia de minas de propiedad privada, respetando dicha adquisición.
- Las Ordenanzas del Nuevo Cuaderno, de 1584, las mismas que instauraron el régimen de adjudicaciones que fijaba la regalía de la Corona según el tipo de metal que se explotaba, y que confería un derecho de propiedad sui generis mediante el cual las minas se entregaban en posesión y propiedad, teniendo el beneficiario la facultad de disponer de ellas, pero con un dominio sujeto al pago de la regalía y al laboreo continuo y serio, denominado “pueblo”.
- Las Ordenanzas de Minas de Nueva España, de 1783, mediante las cuales se determinó que las minas no estaban separadas del patrimonio real, pero podían concederse a los vasallos en propiedad y posesión.<sup>15</sup>

Otro elemento particular que encontramos en el modelo colombiano, es el referido a la posibilidad de excluir a ciertos territorios de los trabajos y obras de exploración y explotación, mediante normas de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente.<sup>16</sup> Así, el Código de Minas plantea la obligación de prohibir estas actividades a través de leyes expresas en esas zonas de exclusión, que son las que integran el sistema de áreas naturales protegidas, los parques naturales de carácter regional, las zonas de reserva forestal protectora y las demás zonas de reserva forestal.

Al mismo tiempo, en la mencionada norma se crean zonas de minería restringida,<sup>17</sup> en donde se pueden desarrollar actividades de exploración y explotación, pero cumpliendo con algunas disposiciones obligatorias. Entre las zonas de minería restringida se encuentran las zonas mineras indígenas, las zonas mineras de comunidades negras y las zonas mineras mixtas. En todas ellas se pueden ejecutar actividades extractivas, siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hayan ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y/o explotar.<sup>18</sup>

Sobre este aspecto, es importante señalar que el mismo Código de Minas define como una zona minera indígena, a aquella que la autoridad minera señala y delimita como tal dentro de los territorios indígenas

15 Lourido Luque 1988: 35-43.

16 Artículo 34 del Código de Minas, ley 685 del 2001, modificado por la ley 1382 del 2010: “No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección de los recursos naturales renovables o del ambiente y que, de acuerdo con las disposiciones legales sobre la materia, expresamente excluyan dichos trabajos y obras”.

17 Artículo 35: “Zonas de minería restringida. Podrán efectuarse trabajos y obras de exploración y de explotación de minas en las siguientes zonas y lugares, con las restricciones que se expresan a continuación: [...]”

f) En las zonas constituidas como zonas mineras indígenas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el capítulo XIV de este código;

g) En las zonas constituidas como zonas mineras de comunidades negras siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el capítulo XIV de este código, y h) En las zonas constituidas como zonas mineras mixtas siempre y cuando las correspondientes autoridades comunitarias, dentro del plazo que se les señale, no hubieren ejercitado su derecho preferencial a obtener el título minero para explorar y explotar, con arreglo a lo dispuesto por el capítulo XIV de este código.

Una vez consultadas las entidades a que se refiere este artículo, los funcionarios a quienes se formule la correspondiente solicitud deberán resolverla en el término improrrogable de treinta (30) días, so pena de incurrir en falta disciplinaria. Pasado este término la autoridad competente resolverá lo pertinente”.

18 Ibid.

y sobre la base de estudios técnicos y sociales.<sup>19</sup> La jurisprudencia colombiana desarrolló esta norma cuando la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-418/02, estableció que la señalización y delimitación de las zonas mineras indígenas debían realizarse con la participación de los representantes de las comunidades, conforme al artículo 330 de la Constitución colombiana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el mismo que Colombia aprobó mediante la ley 21 de 1991. En la zona minera indígena, las comunidades y grupos indígenas tienen preferencia para que la autoridad minera les otorgue el derecho de concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros que se encuentren ubicados en ella.<sup>20</sup> Un aspecto importante es que la titularidad que se asigna mediante la concesión es a favor de la comunidad o pueblo indígena y no de sus autoridades, de manera que se evitan los conflictos por cambios de representantes y las prácticas de corrupción por títulos otorgados a personas en particular.

Asimismo, en la zona minera indígena, los representantes o autoridades indígenas deben señalar aquellos espacios que no pueden ser materia de exploración o explotación por el significado cultural, social y económico que tienen para el grupo étnico. Estas consideraciones se interpretan conforme a los usos y costumbres de estos pueblos.<sup>21</sup> En el supuesto de que terceros distintos a la comunidad obtengan el título para exploración y explotación minera, se les impone el deber de vincular de manera preferente a la comunidad con sus trabajos, obras y capacitaciones. Asimismo, se contempla que la compensación que las comunidades perciban por el aprovechamiento de recursos mineros en sus territorios deberá destinarse a obras y servicios.

Por otro lado, el 26 de julio de 1996 se emitió la ley 299, mediante la cual se dispone la protección de la flora colombiana y se reglamentan los jardines botánicos, entre otros aspectos, y en la que se establece que la conservación, la protección, la propagación, la investigación, el conocimiento y el uso sostenible de los recursos de la flora son estratégicos para el país y constituyen una prioridad en la política ambiental.<sup>22</sup>

En el artículo 1 de la norma también se precisa que la flora colombiana es de interés público y beneficio social, y que tendrá prioridad en la asignación de recursos en los planes y programas de desarrollo; en el presupuesto general de la nación; y en los presupuestos de las entidades territoriales (los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas de Colombia)<sup>23</sup> y de las corporaciones autónomas regionales.

Con lo anterior, se plantea una prioridad en la gestión eficiente del recurso, y la asignación presupuestaria propone ofrecer las herramientas –por lo menos financieras– para impulsar una adecuada gestión administrativa. Aunque la asignación prioritaria de recursos económicos no garantiza una adecuada utilización y disposición de los mismos, sí demuestra la importancia que ha adquirido el tema en la política del país. Al mismo tiempo, considerar a los recursos de la flora como bienes de interés público y beneficio social, significa que el Estado, al resolver conflictos de interés por el acceso a ellos o al determinar un orden de prelación en el régimen de acceso, debe hacerlo prefiriendo el aprovechamiento sostenible del recurso de flora por sobre otros tipos de intereses que no hayan adquirido la categoría de “interés público” y los beneficios con impacto social.

Es importante recordar que en la misma fecha de la promulgación de la ley colombiana, entró en vigor la Decisión Andina 391, mediante la cual se estableció el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos

19 Artículo 122 del Código de Minas.

20 Artículo 124: “Derecho de prelación de grupos indígenas. Las comunidades y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales”.

21 Artículo 127: “Áreas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres”.

22 Artículo 1 de la ley 299.

23 Constitución Colombiana de 1991, artículo 286: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”.

Genéticos de los países miembros de la Comunidad Andina. En función al reconocimiento de los derechos soberanos de los países sobre sus recursos genéticos,<sup>24</sup> esta norma incluye una serie de disposiciones para poder acceder a este tipo de recursos y usarlos. De esa manera, la interacción entre la ley colombiana y la Decisión Andina es muy importante, porque se reconoce mediante norma expresa el carácter estratégico de los recursos genéticos. Colombia aún no ha desarrollado una normativa específica para poner en práctica dicho régimen.

Cabe por último señalar que este es el único país andino que aplica directamente las disposiciones de la Decisión 391 con relativo éxito. En ese país ya se han logrado celebrar más de 125 contratos de acceso a recursos genéticos para investigación,<sup>25</sup> aun si todavía no logra descifrar cómo realizar este tipo de contrato con fines comerciales y en el que se tiene que dar una participación en los beneficios derivados del acceso y uso de estos recursos.<sup>26</sup>

---

24 Derecho reconocido en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en la Cumbre de la Tierra el año 1992, y en donde se sientan las bases para el Sistema de Acceso o Reparto de Beneficios (ABS por sus siglas en inglés).

25 Cifra recopilada hasta febrero del 2011 por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de Colombia.

26 En la Decisión Andina 391 se establecen tres tipos de contratos para poder acceder a los recursos genéticos y utilizarlos. El primero de ellos es el contrato de acceso per se, el cual se utiliza para poder desarrollar actividades con fines comerciales. Otro es el contrato de acceso marco, el cual actúa como un paraguas para distintos proyectos con fines de investigación. Por último, esta norma andina ha establecido la figura de los contratos accesorios, en los que se plasman las condiciones de acceso y participación de beneficios con los propietarios, poseedores o administradores de los recursos biológicos que contengan el recurso genético, o con los pueblos indígenas que poseen conocimientos tradicionales relacionados con los recursos genéticos.

## 1.2. BOLIVIA

---

En el caso de Bolivia también se le da un reconocimiento constitucional al interés colectivo superior en lo que respecta al dominio sobre los recursos naturales. El artículo 311 de la Nueva Constitución Política del Estado, compatible en el Congreso Nacional en el 2008, señala que la economía plural comprende, entre otros aspectos, a los recursos naturales que son de propiedad del pueblo boliviano y que serán administrados por el Estado. En el mismo sentido, el artículo 346 señala que “el patrimonio natural es de interés público” y reitera:

Los recursos naturales son de propiedad y dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano, y corresponderá al Estado su administración en función del interés colectivo.

El fin de la norma constitucional boliviana es el de otorgar un derecho mucho más tangible a la nación y evitar situaciones del pasado, como la guerra del gas en octubre del 2003.

Se debe recordar que esta guerra se debió a los conflictos relacionados con la exportación de gas natural a Estados Unidos y a México. Los problemas surgieron cuando el gobierno boliviano decidió exportar este recurso a través de Chile, una opción que era rechazada por la gran mayoría. Además, se reclamaba abastecer la demanda interna de gas natural antes de venderlo a otros países a precios considerados risibles.<sup>27</sup>

En ese sentido, el reconocimiento que se le da al patrimonio natural y, por extensión, a los recursos naturales como de interés público y de carácter estratégico para el desarrollo sustentable del país, evidencia que el modelo boliviano también privilegia el bien común y el desarrollo sostenible a partir de sus recursos naturales.

Sin embargo, el caso boliviano es un muy buen ejemplo de que los conflictos que se derivan del aprovechamiento de los recursos naturales no giran solo en torno a los mecanismos de acceso, sino también a los márgenes de compensación que recibe el Estado por su explotación, como sucedió con el gas natural calificado constitucionalmente como un patrimonio de la nación.

---

27 En: <[http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra\\_del\\_Gas\\_\(Bolivia\)](http://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_del_Gas_(Bolivia))>.

## 1.3. ESPAÑA

El sistema adoptado en España, que es el modelo básico seguido por los países latinoamericanos, ha considerado como “bienes de dominio público estatal” aquellos que determine la ley, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.<sup>28</sup> El régimen jurídico de estos bienes se inspira en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Además, esta calificación constituye, según el Tribunal Constitucional Español, una técnica dirigida primordialmente a separar algunos géneros de bienes del tráfico jurídico privado, excluyéndolos del comercio y asegurando su uso y distribución pública.<sup>29</sup> No obstante, en este régimen los bienes del dominio público estatal pueden ser aprovechados mediante la figura de la concesión, teniendo como objetivo permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional y garantizar la gestión y utilización controlada de recursos que se consideran esenciales.<sup>30</sup>

En tal sentido, las normas que rigen el aprovechamiento de los recursos naturales siguen la regla general de sometimiento de los derechos de explotación al régimen de concesiones (el lenguaje utilizado por la Corte Constitucional de España hace referencia a los usos privativos sometidos al régimen concesional). Por ejemplo, el artículo 59 de la Ley de Aguas establece las condiciones para la concesión del recurso hídrico,<sup>31</sup> derecho que debe tener como finalidad velar por la utilización racional del recurso y proteger el medio ambiente, cumpliendo con lo estipulado por el artículo 45 de la Constitución española.

Es importante tener presente que lo dispuesto por el artículo 132 de la Constitución permite al legislador declarar la demanialidad de diversos recursos,<sup>32</sup> con lo cual se implanta un criterio flexible para

28 Artículo 132 de la Constitución Española de 1978: “La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación”.

29 Fundamento 6 de la sentencia STC/149-2011 del Tribunal Constitucional Español.

30 *Ibid.*, fundamento 3.

31 Artículo 59: “Concesión administrativa.

1. Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa.
  2. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos.
  3. Si para la realización de las obras de una nueva concesión, fuese necesario modificar la toma o captación de otra u otras preexistentes, el organismo de cuenca podrá imponer, o proponer en su caso, la modificación, siendo los gastos y perjuicios que se ocasionen a cargo del petitionerio.
  4. Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público. Las concesiones serán susceptibles de revisión con arreglo a lo establecido en el artículo 65 de esta ley.
  5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los órganos de la Administración Central o de las Comunidades Autónomas podrán acceder a la utilización de las aguas previa autorización especial extendida a su favor o del Patrimonio del Estado, sin perjuicio de terceros.
  6. Cuando para la normal utilización de una concesión fuese absolutamente necesaria la realización de determinadas obras, cuyo coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, este podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse, con un límite máximo de diez años y por una sola vez, siempre que dichas obras no se opongan al Plan Hidrológico correspondiente y se acrediten por el concesionario los perjuicios que se le irrogarían en caso contrario.
  7. Los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación. En todo caso, se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 60. Los caudales ecológicos se fijarán en los Planes Hidrológicos de cuenca. Para su establecimiento, los organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río.
  8. El otorgamiento de una concesión no exime al concesionario de la obtención de cualquier otro tipo de autorización o licencia que conforme a otras leyes se exija a su actividad o instalaciones”.
- 32 La demanialidad es el término utilizado por la legislación española para referirse al dominio público. En ese sentido, los bienes de dominio público son llamados también bienes demaniales o en su conjunto demanio. Asimismo, se utiliza el término de demanialización para referirse al proceso por el cual un bien privado regresa o pasa a formar parte de los bienes públicos.

determinar los géneros de bienes que pueden integrarse al dominio público. Todo ello persigue fines constitucionalmente legítimos vinculados a la satisfacción de necesidades colectivas.<sup>33</sup> De esa forma, el carácter de bien público o demanial de las aguas continentales no excluye la posibilidad de que se otorguen, sobre algunos de sus caudales, usos o derechos de aprovechamiento.

El Estado, al mantener un control de la administración de los recursos naturales, obliga a que los particulares interesados en acceder a ellos, participen de un proceso burocrático, el cual se mantiene con el objeto de conservar los recursos naturales de la nación. Los particulares que obtengan la concesión para explotar algún recurso, deben de hacerlo bajo criterios de utilidad racional; caso contrario, pueden ser sancionados penal o administrativamente.

Por otro lado, la Ley de Montes 43/2003, modificada por la ley 102/2006, establece que integran el dominio público forestal: a) por razones de servicio público, los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública; b) los montes comunales pertenecientes a las entidades locales, en tanto su aprovechamiento corresponda al común de los vecinos; y c) aquellos otros montes que, sin reunir las características anteriores, hayan sido afectados a un uso o servicio público.<sup>34</sup> Se permite que las comunidades autónomas (departamentos territoriales) amplíen e incluyan en este concepto de montes de dominio público, aquellos que consideren necesario proteger por motivos de distinta índole (restauración, repoblación, mejora forestal, etc.). No obstante, el régimen jurídico de dominio público no se aplica a todo el recurso, como sucede en el caso de las costas o de las aguas, sino solo a una fracción del mismo. Junto a estos montes están los montes de titularidad privada y los de titularidad pública (que no son de dominio público y que, por lo tanto, pueden ser vendidos por el Estado o inclusive ser adquiridos por medio de la usucapión o prescripción adquisitiva).<sup>35</sup>

En ese sentido, corresponde a la administración general del Estado el ejercicio de las funciones administrativas, respetando lo dispuesto en los estatutos de autonomía de las comunidades autónomas, permitiendo la limitación o control de la propiedad privada.

33 Sentencia STC/149-2011 del Tribunal Constitucional Español, fundamento 6.

34 Artículo 12 de la Ley de Montes, ley 43/2003: "Montes de dominio público y montes patrimoniales.

1. Son de dominio público o demaniales e integran el dominio público forestal:

- a. Por razones de servicio público, los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública a la entrada en vigor de esta Ley, así como los que se incluyan en él de acuerdo con el artículo 16.
- b. Los montes comunales, pertenecientes a las entidades locales, en tanto su aprovechamiento corresponda al común de los vecinos.
- c. Aquellos otros montes que, sin reunir las características anteriores, hayan sido afectados a un uso o servicio público.

2. Son montes patrimoniales los de propiedad pública que no sean demaniales".

35 Artículo 19 de la Ley de Montes 43/2003: "Características jurídicas de los montes patrimoniales.

1. La usucapión o prescripción adquisitiva de los montes patrimoniales solo se dará mediante la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante 30 años.
2. Se entenderá interrumpida la posesión a efectos de la prescripción por la realización de aprovechamientos forestales, por la iniciación de expedientes sancionadores o por cualquier acto posesorio realizado por la Administración propietaria del monte".



## 1.4. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En los Estados Unidos de Norteamérica, importante referente de la tradición jurídica del common law, la percepción del dominio sobre los recursos naturales se encuentra alineada con la promoción de la propiedad privada. Tal es así que en la quinta enmienda de la Constitución de este país, se equipara la privación del derecho de propiedad con la del derecho a la vida y la libertad, respondiendo esto a su vez a una percepción individualista de los derechos sobre los recursos naturales.<sup>36</sup>

La propiedad privada en los Estados Unidos ha sido promovida por las normas constitucionales y federales, logrando un núcleo duro mayor respecto de su protección frente a otros marcos jurídicos de la propiedad. En ese sentido, las normas estadounidenses plantean el respeto a los derechos de propiedad y deja al criterio de los estados federales la potestad de regular las situaciones para su restricción.

En este país el derecho de propiedad reúne a los derechos superficiarios y los derechos del subsuelo o derechos minerales. Esta concepción completa de la propiedad es conocida como el *fee simple estate* o dominio absoluto. Bajo esta forma básica de propiedad, según el marco legal estadounidense,<sup>37</sup> el propietario del predio controla todo lo que se encuentre en la superficie, en el subsuelo y en los aires de su propiedad.

El ejercicio del derecho de propiedad le permite al propietario vender, arrendar, entregar o donar todos los derechos o cada uno de los elementos que los componen, por separado. Este hecho complicó el panorama, sobre todo cuando se inició la explotación comercial de minerales y de otros recursos naturales que se encontraban en el subsuelo, ya que ahora se dan muchos casos en los que los derechos de propiedad superficiarios pueden pertenecer a una persona y los derechos del subsuelo a otra, situación que es definida como el *split estate* o propiedad dividida.<sup>38</sup> Ello ha generado un escenario en donde es común que el titular del derecho de superficie sea distinto al titular del derecho de los recursos del subsuelo.<sup>39</sup>

Se debe señalar que la mayoría de los estados de este país tienen leyes que regulan la transferencia de los derechos minerales de un propietario a otro, y otras que reglamentan las actividades de minería y de extracción de hidrocarburos, variando esto de un estado a otro. De igual forma, cada estado federal regula la propiedad de los recursos naturales dependiendo de sus intereses. Por ejemplo, en Alaska la tierra federal representa un 60% del total del territorio, mientras que en Wisconsin solo el 5% se encuentra bajo esta figura.<sup>40</sup> Asimismo, los estados federales tienen el control de un número determinado de recursos naturales (como por ejemplo la fauna silvestre), los mismos que no pueden pasar a ser propiedad de los privados ni ser manejados por estos sin el consentimiento del gobierno estatal.<sup>41</sup>

En tal contexto, los derechos sobre los recursos naturales se entienden de la siguiente manera en Estados Unidos:

36 Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica: "Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización".

37 Revisar: <<http://geology.com/articles/mineral-rights.shtml>>.

38 Revisar: <[http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split\\_estate\\_information](http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split_estate_information)>.

39 Pulgar-Vidal 2009: 20.

40 Marchak 1998: 7.

41 *Ibíd.*: 9.

Dado que la tierra se extiende al centro del planeta, es claro que ordinariamente el propietario de la tierra también es propietario de los minerales que son parte de la tierra, y cuando la tierra es vendida, el comprador usualmente adquiere tales minerales, aun cuando no hayan sido expresamente mencionados en la escritura. Sin embargo, un propietario puede vender todo o parte de su tierra, conforme desee.

Consecuentemente, puede vender los minerales exclusivamente y retener el resto de la tierra; o puede vender el resto de la tierra, reteniendo o reservando los minerales para sí mismo. [...] El petróleo y el gas pueden ser objeto de ventas separadas y apartes de la superficie de la tierra.<sup>42</sup>

La separación de los derechos de superficie y los derechos sobre los minerales o sobre cualquier recurso natural que se encuentre en el subsuelo, se da a través de un derecho de separación de los minerales (mineral deed) o de la reserva de minerales (mineral reservation).<sup>43</sup> El primero ocurre cuando alguien que es propietario de la superficie y de los derechos minerales elige vender todo o una porción de los derechos minerales, o cuando el propietario de ambos derechos vende el predio y los derechos minerales por separado. En cualquiera de estos casos, la venta es registrada en las oficinas gubernamentales. Por otro lado, la reserva de minerales puede ocurrir cuando el propietario de la superficie y del subsuelo vende el predio, pero retiene toda o una porción de los derechos mineros.<sup>44</sup>

En esa línea, cuando alguien compra los derechos sobre los minerales, también adquiere el derecho a entrar a la propiedad y extraer el recurso, siendo esta una parte esencial del acuerdo, a pesar de que la explotación del mineral requerirá alterar o dañar la superficie o el subsuelo del predio. En algunos casos, el interesado en extraer los recursos no quiere adquirir o convertirse en el propietario de los derechos minerales, ya que no tiene la certeza del tipo, cantidad o calidad del mineral. En esas situaciones, lo usual es el arrendamiento de estos derechos.

En el caso de que se llegue a extraer o producir minerales u otro recurso durante el arrendamiento del derecho, el propietario suele recibir en pago una parte de los ingresos por la producción. Esta figura es conocida como pago de regalías, o *royalty payment*,<sup>45</sup> y es pactada en el contrato de arrendamiento.

Los derechos sobre los minerales también abarcan a los hidrocarburos. En la mayoría de los casos de explotación de hidrocarburos, el método usado para su aprovechamiento es el del arrendamiento del derecho, contrato en el cual se estipula el periodo de vigencia del derecho, el periodo de exploración y el monto de las regalías a pagarse, entre otros temas. A menudo, el monto de las regalías es pactado de acuerdo a la costumbre, aunque algunos estados han promulgado normas estableciendo un mínimo para este pago.<sup>46</sup>

Así, en la historia del derecho petrolero estadounidense, el primer contrato de arrendamiento de tierras para explorar y producir petróleo fue suscrito el 4 de julio de 1853 entre J. D. Angiers y Brewer, Watson y Compañía. En este documento se pueden encontrar las normas que regirían la industria petrolera de este país en sus inicios:

1. La suscripción de un contrato de arrendamiento entre dos privados: el propietario de la tierra y un tercero.
2. El compromiso del arrendatario de explorar en las tierras que le han sido arrendadas.

42 Belaunde Moreyra 2009:18-19.

43 En: <[http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split\\_estate\\_information](http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split_estate_information)>.

44 *Ibíd.*

45 En: <<http://geology.com/articles/mineral-rights.shtml>>.

46 *Ibíd.*

3. El compromiso del arrendatario de hacer las inversiones necesarias para la exploración y la explotación del recurso.
4. El plazo del contrato.<sup>47</sup>

Cabe señalar que en el caso de los hidrocarburos, algunos estados federales han reconocido la situación referida a la existencia de fuentes de hidrocarburos que traspasan las barreras de los predios, produciendo normas que regulan el reparto justo de las regalías.<sup>48</sup> Esto anula la visión de un estado neoliberal que se mantiene ajeno a la regulación de las situaciones jurídicas entre los privados.

Por otro lado, muchos estados federales tienen leyes que regulan la minería, la extracción hidrocarburífera, la venta de la superficie y la propiedad mineral, disposiciones que tienen por objetivo proteger el ambiente y las partes envueltas en las transacciones. En estas normas también se han planteado situaciones de reversión de la propiedad de los derechos minerales, entre las cuales se encuentran la muerte, el obtener producción, o el transcurso de un periodo de tiempo determinado.<sup>49</sup>

Sin embargo, una crítica al sistema estadounidense de aprovechamiento de los recursos naturales plantea que este no ha generado un beneficio colectivo sino más bien individual, por cuanto para el aprovechamiento de los recursos del subsuelo se requiere de un capital y de una tecnología que el propietario de la superficie no necesariamente posee. Frente a esto, están los que aducen que la aproximación industrialista de este modelo ha permitido el desarrollo de las capacidades creativas y que se ha generado un bienestar general a partir de un chorreo de las utilidades obtenidas.

Por otro lado, a pesar de que el derecho a la propiedad es un valor fundamental en Estados Unidos y de que los derechos del propietario a menudo se consideran primordiales, se admite la figura de la expropiación como una manifestación del sistema dominialista. Así, el poder del dominio eminente permite al gobierno confiscar la propiedad de un individuo para servir a un interés público esencial; en tales casos, el derecho a la reparación está contenido en la última frase de la quinta enmienda constitucional, que sostiene que “ninguna propiedad privada será tomada para uso público, sin una compensación justa”.<sup>50</sup> La Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Armstrong v. U. S.*, dictaminó que el propósito de esta cláusula es prohibir que el gobierno obligue a algunas personas a llevar las cargas públicas que, con toda justicia, deberían ser sufragadas por el público en general.

Un tema interesante en el régimen de los recursos naturales es el de los recursos genéticos. En los Estados Unidos no se ha desarrollado una normativa especial sobre el acceso a este tipo de recursos, como sí ha ocurrido en varios países latinoamericanos, entre ellos el Perú. Los derechos sobre los recursos genéticos estadounidenses dependen de los derechos existentes sobre las tierras en las que estos se encuentran. De esa forma, los particulares o entidades estatales con derechos sobre la tierra pueden determinar las condiciones que más les convengan para el acceso a esos recursos en particular, y a los recursos naturales en general, siguiendo las disposiciones legales federales y/o estatales.<sup>51</sup>

En general, se puede afirmar que este “libre albedrío” en relación con los recursos genéticos ha contribuido al desarrollo científico en los Estados Unidos. En Colombia, en cambio, país en donde el acceso científico ha sido regulado, los beneficios se han dado en el ámbito nacional y no solo individual o de áreas determinadas.

---

47 Ballem 2008.

48 En: <<http://geology.com/articles/mineral-rights.shtml>>.

49 En: <[http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split\\_estate\\_information](http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split_estate_information)>. Entre los estados federales que poseen este tipo de normas se encuentran Louisiana, Dakota del Norte, Ohio y Michigan.

50 Olivetti y Worsham 2003: 1-2.

51 Caillaux y Ruiz 2002.

## 1.5. SUDÁFRICA

Siguiendo con la revisión de modelos del common law, encontramos un caso particular en Sudáfrica, país que utiliza un sistema legal basado en el derecho romano holandés,<sup>52</sup> y que además hasta el año 1991 se encontraba bajo el sistema de gobierno conocido como el apartheid.<sup>53</sup>

Sudáfrica cuenta con grandes riquezas naturales, como biodiversidad, bosques y reservas minerales (de oro, cromo, antimonio, carbón mineral, hierro, manganeso, níquel, fosfato, uranio, diamantes, platino, cobre, sal y gas natural),<sup>54</sup> las mismas que se encontraban antes bajo la propiedad privada de los ciudadanos de raza blanca. No obstante, luego de la abolición del apartheid en 1991, la elección de Nelson Mandela como presidente en 1994 y la promulgación de una nueva Constitución en 1996,<sup>55</sup> se ha producido una legislación que promueve la distribución de estos recursos de una manera más equitativa, especialmente en beneficio de los pueblos indígenas tradicionalmente marginados.<sup>56</sup>

De esa forma, el artículo 25 de la Constitución sudafricana reconoce el derecho a la propiedad privada, a que únicamente pueda expropiarse con un fin público y a que se dé una compensación justa y equitativa que refleje el equilibrio entre el interés público y el afectado. Además establece, en el mismo sentido de lo aplicado en los Estados Unidos, que la propiedad no está limitada a la tierra, sino que se extiende a los recursos que se encuentran sobre y debajo de ella. En este artículo se reconoce el derecho a la restitución de la propiedad o a una compensación justa para aquellas personas o comunidades despojadas de su propiedad después del 19 de junio de 1913.<sup>57</sup>

En ese sentido, el objetivo de la Constitución es promover la igualdad y el desarrollo de las personas o grupos desfavorecidos por la discriminación racial del pasado, un punto que es relevante para muchos temas relacionados con los recursos naturales en Sudáfrica. Así, en 1998 se publicó la White Paper on Minerals and Mining Policy (el “Libro Blanco sobre Política de los Minerales y la Minería”), con el objetivo de cambiar la titularidad de los derechos mineros<sup>58</sup> y de lograr un acceso equitativo a los recursos minerales del país, puesto que dos tercios de estos son propiedad privada, mientras que el resto pertenece al Estado.<sup>59</sup>

Por otro lado, en el 2004 entró en vigor el Acta de Desarrollo de los Recursos Minerales y Petróleo (The Minerals and Petroleum Resources Development Act), la cual contiene ciertas medidas de transición con

52 Country Report of the Research Project...: 14. El derecho romano holandés es un sistema jurídico basado en el derecho romano aplicado en los Países Bajos durante los siglos XVI y XVII. Este sistema es una variedad del derecho civil continental europeo o ius commune. Si bien el derecho romano holandés dejó de aplicarse en los Países Bajos al inicio del siglo XIX, se sigue utilizando en Sudáfrica, Lesoto, Suazilandia y Namibia, Zimbabue, Guyana, Indonesia, Timor Oriental y Sri Lanka. En: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Roman\\_Dutch\\_law](http://en.wikipedia.org/wiki/Roman_Dutch_law)>.

53 Este sistema consistía básicamente en la división de los diferentes grupos raciales para promover el “desarrollo”. Este movimiento estaba dirigido por la raza blanca, que instauró todo tipo de leyes que cubrían, en general, aspectos sociales. Se hacía una clasificación racial de acuerdo a la apariencia, la aceptación social o la ascendencia. En: <<http://es.wikipedia.org/wiki/Apartheid>>.

54 En: <<http://www.southafricaweb.co.za/page/natural-resources-south-africa>>.

55 La Constitución de la República de Sudáfrica se aprobó mediante la ley 108 de 1996 y se puso en vigencia el 4 de febrero de 1997.

56 Country Report...: 6.

57 Artículo 25 de la Constitución de la República de Sudáfrica: “Propiedad.

(1) Nadie puede ser despojado de su propiedad salvo según la ley de aplicación general y ninguna ley puede permitir el despojo arbitrario de la propiedad.

(2) La propiedad puede ser expropiada únicamente según las estipulaciones de la ley de aplicación general:

(a) Con un fin público o en el interés público; y

(b) Supeditada a compensación, el monto del cual el momento y método de pago han sido acordados entre aquellos afectados o por decisión o aprobación de una corte [...].”

58 Ibid.

59 “Mining in South Africa”. En: <<http://www.mbendi.com/indy/ing/af/sa/p0005.htm>>.

respecto a los derechos mineros, a los permisos de prospección y a las autorizaciones mineras obtenidas antes del primero de mayo del 2004. Esta norma le otorga además al Estado sudafricano la custodia de las reservas minerales<sup>60</sup> y el deber de promover su aprovechamiento dentro de un marco legal de desarrollo sostenible, con miras a un acceso a los beneficios mucho más general e inclusivo.

Otra manifestación clave de la legislación que nace de la nueva Constitución sudafricana, es la Ley Nacional del Agua (National Water Act o NWA), promulgada el 26 de agosto de 1998, con la cual se busca administrar los escasos recursos hídricos de ese país. Esta norma no solo reconoce que “el agua es un escaso y mal distribuido recurso”,<sup>61</sup> sino también que los recursos hídricos son de propiedad común del pueblo sudafricano y un recurso nacional indivisible. Esto implica que el gobierno nacional se convierte en su custodio y tiene la responsabilidad de distribuirlo equitativamente y de gestionar sosteniblemente su uso.<sup>62</sup>

Entre las consecuencias del régimen jurídico del acceso al recurso hídrico, provocadas por la entrada en vigencia de esta ley, merece la pena destacar:

1. La ley se basa en el principio de la unidad del ciclo hidrológico. En específico, esto significa que no hay una distinción entre aguas superficiales y subterráneas, así como se reconoce que todos los recursos acuáticos –como los cursos de agua, las aguas superficiales, los estuarios y acuíferos– están conectados entre sí. Por lo tanto, las estrategias de gestión del agua deben basarse en el principio de gestión integrada con el fin de lograr la sostenibilidad, equidad y eficiencia.<sup>63</sup>
2. Los recursos hídricos en Sudáfrica dejan de ser propiedad privada y se consideran ahora un recurso común.<sup>64</sup> Esta ley también crea una “reserva” que consta de dos partes. La primera está destinada a satisfacer las necesidades básicas de todos los ciudadanos (de agua potable, agua para la higiene personal, etc.); la segunda es una reserva ecológica que “se relaciona con el agua necesaria para proteger los ecosistemas acuáticos”.<sup>65</sup>
3. La Ley Nacional del Agua disocia los derechos de agua y la propiedad de la tierra. Anteriormente, el agua estaba vinculada con la propiedad de la tierra a través de un sistema “riparian” de asignación, que permitía a los propietarios de las fuentes de agua el control completo sobre su manejo, aunque este no fuese en el mejor interés del medio ambiente u otros.<sup>66</sup>

60 Artículo 3 del Acta de Desarrollo de los Recursos Minerales y Petróleo: “La custodia de los recursos minerales y petroleros de la Nación:

- (1) Los recursos minerales y el petróleo son patrimonio común de todo el pueblo de Sudáfrica y el Estado es el custodio de los mismos para el beneficio de todos los sudafricanos.
- (2) Como custodio de los recursos minerales y petroleros de la Nación, el Estado, a través del Ministro, podrá: (a) Conceder, emitir, rechazar, controlar, administrar y gestionar los permisos de reconocimiento, los derechos de prospección, el permiso para remover, el derecho minero, el permiso de explotación, el permiso de retención, el permiso de cooperación técnica, el permiso de reconocimiento, el derecho de exploración y el derecho de producción, y (b) En consulta con el Ministro de Hacienda, determinar y aplicar, cualquier comisión o contraprestación pagadera en términos de cualquier ley relevante del Parlamento.
- (3) El Ministro debe garantizar el desarrollo sostenible de los recursos minerales y petroleros de Sudáfrica dentro de un marco nacional de política ambiental, normas y estándares, mientras se promueve el desarrollo económico y social”.

61 Preámbulo de la Ley Nacional del Agua (National Water Act).

62 Artículos 2 y 3 de la Ley Nacional del Agua.

63 Gowlland-Gualtieri 2007: 3.

64 *Ibid.*: 4.

65 *Ibid.*

66 *Ibid.*



# 2

## **LOS PUEBLOS INDÍGENAS: DERECHOS Y LIMITACIONES RESPECTO DE LOS RECURSOS NATURALES**

En el Perú no existe una definición jurídica única de “pueblos indígenas”, aunque la normativa nacional presenta algunos conceptos al respecto. De esa manera, se entiende como tales a aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonia o del establecimiento de las actuales fronteras y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

En la concepción anterior se incluyen los grupos no contactados y aquellos que estando integrados no han sido aún reconocidos legalmente como comunidades nativas o campesinas. También figuran las comunidades nativas y las comunidades campesinas, haciendo la atinencia de que las primeras tienen su origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y están constituidas por grupos de familias vinculados por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales o sociales, y tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio con un patrón de asentamiento nucleado o disperso; y las segundas son organizaciones de interés público con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo mutuo, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines se orientan a la satisfacción de sus miembros y del país.<sup>67</sup>

Cabe señalar que en la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (decreto ley 22175), se define como miembros de las comunidades nativas a los nacidos en el seno de las mismas y a aquellos a quienes estas incorporen, siempre que reúnan los requisitos que señale el Estatuto de Comunidades Nativas.<sup>68</sup>

Por otro lado, el artículo 2, inciso 19, de la Constitución Política del Perú de 1991, establece el derecho a la identidad étnica y cultural; asimismo, en esta Carta se reconoce la autonomía organizativa, económica y administrativa de las comunidades nativas, así como la libre disposición de sus tierras, obligando al Estado a promover el respeto de su identidad cultural y de los derechos anteriormente mencionados.<sup>69</sup> De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional del Perú, la identidad étnica es una especie de derecho a la identidad cultural,<sup>70</sup> y consiste en la facultad que tiene una persona de ser respetada en lo que concierne a las costumbres y tradiciones propias de la etnia a la que pertenece, evitándose con ello que desaparezca la singularidad de tal grupo. Esto es, el derecho de la etnia a existir de conformidad con los valores de sus ancestros y bajo los símbolos e instituciones que diferencian a una comunidad de las demás.<sup>71</sup>

Para el Tribunal Constitucional del Perú, una manifestación de la autonomía será la posibilidad de que estas comunidades puedan ejercer funciones jurisdiccionales en su ámbito territorial, siempre que no violen derechos fundamentales, de acuerdo a lo señalado en el artículo 149 de la Constitución. Es relevante mencionar también que el artículo 187 de esta Carta prescribe que la ley establecerá porcentajes mínimos para posibilitar la representación de género, comunidades campesinas y nativas y pueblos originarios en los consejos regionales y en los municipales. Con ello, los pueblos indígenas –término utilizado en el derecho internacional– han sido proveídos de herramientas legales que buscan proteger su existencia y su cosmovisión.<sup>72</sup>

67 Artículo 87 del decreto supremo 068-2001-PCM, reglamento de la ley 26839: Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

68 Artículo 9 del decreto ley 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva.

69 Artículo 89 de la Constitución Política del Perú.

70 Fundamento 21 de la sentencia del expediente 0006-2008-PI/TC.

71 Fundamento 29 de la sentencia del expediente 03343-2007-PA/TC.

72 Fundamento 28 de la sentencia del expediente 03343-2007-PA/TC.



Al mismo tiempo, el Tribunal resalta que el sistema de fuentes normativas peruano reconoce que los tratados de derechos humanos sirven para interpretar los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y que, por lo tanto, tales acuerdos constituyen un parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades.<sup>73</sup> En ese sentido, para el Estado peruano la relación entre los pueblos indígenas y la tierra resulta ser una manifestación singular de tales pueblos. Cabe señalar que el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT<sup>74</sup> establece que el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio”, ya que la unión de la comunidad con su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra.

Respecto del derecho de consulta previa, en el Perú su implementación ha tenido un desarrollo paulatino. Para el Tribunal Constitucional, la obligación de realizar esta consulta en proyectos de inversión o en la toma de decisiones que afecten a los pueblos indígenas se debió cumplir desde el año de ratificación del Convenio 169. Sin embargo, solo en el 2011 se promulgó la Ley de Consulta Previa, la cual ha dado espacio para que actualmente se discuta su reglamentación.

A continuación, revisaremos algunos de los marcos legales que vienen siendo objeto de discusión en diferentes plataformas sobre el tratamiento de los derechos indígenas en lo que respecta a los recursos naturales.

---

73 Fundamento 22 de la sentencia del expediente 0047-2004-AI/TC.

74 Ratificado por el Perú mediante la resolución legislativa 26253, publicada el 5 de diciembre de 1993, este tratado internacional tiene rango constitucional de acuerdo a las normas peruanas.

## 2.1. ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

En el año 2009 el economista Hernando de Soto presentó el documental *El misterio del capital de los indígenas amazónicos*, en el que se trata el caso de la propiedad sobre los recursos naturales de las comunidades indígenas amazónicas, comparándolo con lo que ocurre en el estado de Alaska, en los Estados Unidos. En este documental se comenta la situación en la que se encuentran los pueblos de la Amazonía peruana respecto de la propiedad de la tierra y de los recursos que se encuentran en ella, la necesidad de titular sus territorios, la oposición entre este y otros derechos, y cómo para superar estos problemas se debería tomar en cuenta el modelo norteamericano.

No obstante, debemos señalar que la evolución de los derechos indígenas en lo que respecta a los territorios de estos pueblos en los Estados Unidos ha sido complicada, y que el modelo establecido por la *Alaska Native Claims Settlement Act* responde más bien a una política de resarcimiento.

Las políticas del gobierno federal en lo que atañe a la propiedad de las tierras indígenas estuvieron influenciadas en un primer momento por la expansión hacia el oeste, respondiendo a aspectos coyunturales como la fiebre del oro y el interés en controlar los territorios indígenas y sus recursos naturales.<sup>75</sup> Antes del desarrollo legislativo, los indios americanos (como son designados en los Estados Unidos) acordaron vivir en “reservas indígenas”, ya que se les aseguró que en ellas podrían mantener su estilo de vida y cultura.<sup>76</sup>

En 1887 se promulgó la *General Allotment Act*, conocida también como la *Dawes Act*, la cual tenía como objetivos la división de las reservas indígenas, poner fin a cualquier tipo de gobierno tribal, e integrar la población indígena a la población general estadounidense.<sup>77</sup> El autor de esta norma, Henry Dawes, consideraba que la asimilación de la cultura india a la sociedad dominante sería lo mejor tanto para los indígenas como para los que no lo eran,<sup>78</sup> aun si algunos pensaban todo lo contrario.

La disposición principal de la ley estipulaba que cada familia india recibiría 160 acres<sup>79</sup> y que cualquier excedente de tierra (que sobrara de la reserva) sería vendido,<sup>80</sup> lo que provocó la venta de grandes extensiones de territorio a personas extrañas a las tribus y una situación compleja de propiedad dentro de las reservas indígenas. La venta de estos terrenos generó ingresos que fueron a dar a un fondo administrado por el gobierno federal, pero cuya mala gestión derivó en varias demandas al Departamento del Interior para que ajustase las cuentas.<sup>81</sup>

Los principales errores de la *General Allotment Act* fueron la falta de consentimiento de las tribus en su implementación, la no consideración de la calidad de la tierra para las asignaciones de los territorios, la pérdida inmediata de territorios indígenas, y la concesión al gobierno federal para que este decidiera a su completa discreción qué parte del territorio iba a ser asignada a la tribu indígena y cuál iba a ser considerada como excedente.<sup>82</sup>

75 Getches, Williams y Williams Jr. 2005: 141.

76 *Ibid.*: 140.

77 “Property Plight” 2010.

78 Cohen 1945: 208.

79 Un acre es una medida de superficie usada en la agricultura tanto en el Reino Unido como en sus antiguas colonias, entre ellas los Estados Unidos de Norteamérica. Ciento sesenta acres equivalen a 0,647497027584 km<sup>2</sup> o 647.497,027 m<sup>2</sup>.

80 *General Allotment Act*, sección 1.

81 Getches, Williams y Williams Jr. 2005: 171.

82 *General Allotment Act*, sección 5.

Reconociendo los graves errores cometidos, en 1934 se derogó la norma con la promulgación de la Indian Reorganization Act, la misma que prohibía futuras asignaciones de tierras, y autorizaba al Departamento del Interior a restaurar la propiedad indígena sobre las tierras de las reservas consideradas excedentes por la norma anterior, así como otorgaba la facultad de readquirir territorios en nombre de las tribus indígenas.<sup>83</sup>

Por otro lado, el 18 de diciembre de 1971 el presidente Richard Nixon firmó la ley 92-203, la Alaska Claims Settlement Act, dando solución a los reclamos sobre la titularidad de las tierras indígenas que habían permanecido irresueltos por más de cien años.<sup>84</sup> Cabe señalar que cuando los Estados Unidos adquirieron Alaska en 1867, en el artículo III del tratado de cesión firmado con Rusia, se hizo una clasificación de dos grupos de poblaciones: los ciudadanos estadounidenses y las tribus nativas incivilizadas.<sup>85</sup> Es más, el gobierno federal de los Estados Unidos sostuvo en 1947 y luego en 1954 que los artículos II y IV del tratado liquidaban todos los reclamos de los indígenas sobre los derechos territoriales aborígenes.<sup>86</sup>

En Alaska no surtió efectos la General Allotment Act por considerarse inaplicable en ese territorio. Sin embargo, en 1906 entró en vigencia la Alaska Native Allotment Act, la cual poseía disposiciones similares a la norma de 1887 y tenía como fin asignar a los pueblos indígenas territorios que no contuvieran minerales, reflejando una política nacional de “civilización” de los indígenas.<sup>87</sup>

Estas políticas dieron como resultado varias demandas a lo largo del siglo XX sobre el reconocimiento de los derechos de propiedad, compensaciones, posesión de territorios, aprovechamiento de los recursos naturales y rendición de las cuentas del fondo generado por la General Allotment Act, entabladas no solamente por las tribus indígenas de Alaska, sino también por otros pueblos de los Estados Unidos.

Todas las reclamaciones y la necesidad de explotar los recursos naturales dieron como resultado que a partir del año 1970 se empezase a negociar una norma que reconociese las exigencias de los nativos de Alaska. Así se obtuvo la promulgación de la Alaska Native Claims Settlement Act, conocida también como la ANCSA. Esta norma acabó con las reclamaciones de los indígenas de ese estado, transfiriendo títulos sobre los territorios a doce corporaciones regionales de indígenas y a más de 200 corporaciones locales. Ellas recibieron un total de 180 mil kilómetros cuadrados<sup>88</sup> de territorio y un monto de US\$ 933 millones;<sup>89</sup> ambos fueron divididos entre las corporaciones regionales y locales, compensando a los nativos por el uso de sus tierras y abriendo la posibilidad de que estos recibieran ingresos por la explotación hidrocarburífera.

Una de las disposiciones más importantes del Acta está relacionada con la capacidad de los pueblos indígenas de desarrollar actividades económicas. De acuerdo a lo dispuesto por la norma, las corporaciones regionales y locales deben invertir los fondos que reciben en promover actividades de negocios que generarán riqueza.<sup>90</sup> En el año 2004 las ganancias corporativas de estas organizaciones ascendieron a US\$ 30 mil millones.<sup>91</sup>

---

83 Gould 1996: 809.

84 Jones 1998: 2.

85 *Ibid.*: 5. Es importante mencionar que el artículo III reconocía como ciudadanos estadounidenses, con el derecho de propiedad, a aquellos indígenas a quienes en 1844 el Estatuto Imperial Ruso catalogó como tribus dependientes, y por lo tanto, ciudadanos rusos. Sin embargo, el tratado de cesión negaba la ciudadanía a quienes el Estatuto consideraba “indígenas no completamente dependientes” o “independientes”.

86 Jones 1998: 6.

87 *Ibid.*

88 Artículo 1 de la Alaska Native Claims Settlement Act. En este artículo también se define la forma de repartición de los territorios.

89 Artículo 2 de la Alaska Native Claims Settlement Act.

90 Literales d, e y f de la sección 7 de la Alaska Native Claims Settlement Act.

91 Rowan 2005.

Por último, debemos indicar que en esta norma se establecen definiciones importantes sobre los pueblos indígenas. Así, se brindan conceptos sobre el significado de nativo, pueblo nativo, grupo nativo, tierras públicas, personas, entre otros, que recogen la situación concreta del estado de Alaska y de los Estados Unidos y que van a servir para la aplicación directa de esta ley.<sup>92</sup>

Cabe mencionar que mediante la norma en mención solo se brindaron estos derechos a algunos pueblos indígenas de Alaska, y que además no se reconocieron los derechos sobre todos sus territorios ancestrales. No obstante, la manera del gobierno de tratar la generación de riqueza fue acertada, ya que promovió el desarrollo a partir de las capacidades indígenas.

---

92 Sección 3 de la Alaska Native Claims Settlement Act.

## 2.2. COLOMBIA

---

En Colombia, los pueblos indígenas son protegidos por la Constitución. En el artículo 7 de esta Carta se reconoce su derecho a ser reconocidos como grupos étnicos que poseen una diversidad étnica y cultural, siendo obligación del Estado protegerla.<sup>93</sup>

Fue a partir de 1966 que el gobierno colombiano empezó a promover el establecimiento de reservas indígenas como una forma de tenencia provisional de carácter colectivo.<sup>94</sup> Estas reservas tomaron el nombre de “resguardos”, inspirado en una institución colonial. Los resguardos indígenas se dividen en: resguardos antiguos (de origen colonial y republicanos) y resguardos nuevos (creados por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA y el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural – INCODER), ambos actualmente válidos jurídicamente.<sup>95</sup>

La existencia de los resguardos antiguos se demuestra con el título original, si lo hay, o con títulos supletorios regulados por normas que datan de 1584, ya que estas instituciones son anteriores a la expedición de la Ley de Reforma Agraria, ley 135, de 1961. Algunos resguardos antiguos han sido ampliados o reestructurados por el INCORA, pasando a ser considerados como resguardos nuevos. En la actualidad, existen 55 resguardos antiguos con un área de 405.743 hectáreas y con 171.201 indígenas viviendo en ellos, que representan el 21,80% de la población.<sup>96</sup>

Los resguardos indígenas son propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables.<sup>97</sup> Son una institución legal y sociopolítica de origen colonial y de carácter especial en la organización político administrativa del país. Ellos se encuentran conformados por una o más comunidades indígenas que, con un título de propiedad comunitaria, poseen un territorio para su manejo y se rigen de acuerdo a normas consuetudinarias y a culturas propias.

---

93 Artículo 8 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

94 En: <[http://www.corpoamazonia.gov.co/Region/Jur\\_resguardos.htm](http://www.corpoamazonia.gov.co/Region/Jur_resguardos.htm)>.

95 En: <<http://old.kaosenlared.net/noticia/gobierno-colombiano-decreta-abolicion-resguardos-indigenas>>.

96 En: <[http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS\\_Ordenamiento\\_Desarrollo\\_Territorial/3g11librocapitulo3.PDF](http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_Ordenamiento_Desarrollo_Territorial/3g11librocapitulo3.PDF)>.

97 Artículo 63 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991. El artículo 329 de esa misma Carta establece también que los resguardos “son propiedad colectiva y no enajenable [...]”.

## 2.3. BOLIVIA

Lo primero que llama la atención en el tratamiento jurídico-político de los pueblos indígenas en el país del Altiplano, es el nuevo marco constitucional vigente desde el 2009,<sup>98</sup> en el cual se reconoce su existencia precolonial y su dominio ancestral sobre los territorios. Además, la norma constitucional garantiza la libre determinación de estos pueblos, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales.<sup>99</sup>

En palabras de Xavier Albó, la Constitución boliviana, a diferencia de otras, incorpora a los que antes eran excluidos. De esa manera, en la primera parte de esta Carta podemos encontrar los derechos de los pueblos indígenas, en la tercera parte se habla de las autonomías, y finalmente se alude al tema de la tierra y el territorio, poniendo además como modelo el suma tamaña, que es el “vivir bien” en la concepción de los pueblos indígenas.<sup>100</sup>

Un punto importante es que en las disposiciones de esta norma fundamental se recoge lo estipulado en el Convenio 169 de la OIT. Así, en el numeral 15 del artículo 30 se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados mediante procedimientos apropiados —principalmente a través de sus instituciones—, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. Asimismo, mediante esta disposición se garantiza la consulta previa obligatoria en el caso de la explotación de los recursos naturales no renovables en los territorios de estas poblaciones. Lo último se ve reforzado en el capítulo referente al tratamiento de los recursos naturales, en específico en el artículo 352 de la Constitución, que instaura que la explotación de los recursos naturales está sujeta a un proceso de consulta previa de la población afectada, no necesariamente indígena, sino de cualquier comunidad o grupo humano, pero que en el caso de las poblaciones indígenas este proceso tiene que darse respetando sus propias normas y procedimientos.

Al mismo tiempo, los pueblos indígenas deben de participar de los beneficios derivados del aprovechamiento de los recursos naturales que se dé en sus territorios, imponiendo de esta forma una obligación a todas las personas naturales y jurídicas que deseen desarrollar actividades de explotación en las tierras de naciones, pueblos originarios y campesinos.<sup>101</sup>

Un resumen de todas las disposiciones referentes al tratamiento de los pueblos indígenas en Bolivia ha sido plasmado en el artículo 403 de la Constitución, el cual reza:

- I. Se reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables en las condiciones determinadas por la ley; a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios; la facultad de aplicar sus normas propias, administrados por sus estructuras de representación y la definición de su desarrollo de acuerdo a sus criterios culturales y principios de convivencia armónica con la naturaleza. Los territorios indígena originario campesinos podrán estar compuestos por comunidades.

98 La Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia entró en vigencia el 7 de febrero del 2009.

99 Artículo 2 de la Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009: “Dada la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos [...] se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

100 Albó 2009.

101 Numeral 16 del artículo 30 de la Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

- II. El territorio indígena originario campesino comprende áreas de producción, áreas de aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y espacios de reproducción social, espiritual y cultural. La ley establecerá el procedimiento para el reconocimiento de estos derechos.

Otros cambios ocasionados por el nuevo marco constitucional boliviano son el reconocimiento de un sistema judicial indígena campesino al mismo nivel que la justicia ordinaria,<sup>102</sup> el derecho a la autonomía y el autogobierno indígenas, y el reconocimiento oficial de las entidades territoriales e instituciones de los pueblos indígenas.<sup>103</sup>

Debemos reconocer que estos cambios en la manera de tratar a los pueblos indígenas impuestos por el nuevo marco constitucional responden a complejas situaciones vividas en Bolivia, y tratan de solucionar los justos reclamos de ciudadanos que por mucho tiempo fueron excluidos del desarrollo económico y vieron sus derechos fundamentales amenazados. Todas estas disposiciones se encuentran en un lento proceso de implementación.

## 2.4. SUDÁFRICA

---

El término “indígena” en Sudáfrica es usado en el lenguaje legal para hacer referencia a las lenguas y costumbres de la población negra africana.<sup>104</sup> No obstante, se han encontrado varios grupos en ese país que se autoidentifican como pueblos indígenas sudafricanos.<sup>105</sup> Lastimosamente, los pueblos indígenas sudafricanos sufrieron una desposesión de sus territorios y de los recursos naturales, que los llevó a una situación de empobrecimiento y a depender de recursos externos. Por ese motivo, al terminar el régimen del apartheid se han ido planteando iniciativas de redistribución de las tierras que antes pertenecían a estos pueblos. Una de esas iniciativas fue la creación de la Comisión sobre la Restitución de Derechos Territoriales establecida por decisión del Parlamento.<sup>106</sup> Sin embargo, esta Comisión no ha podido atender todas las demandas de los pueblos indígenas, debido a que la Constitución determina como fecha de corte para los reclamos de restauración el año de 1913. Aun así, ha habido algunos logros en lo que respecta al reconocimiento de los derechos sobre los recursos naturales de los pueblos indígenas. Por ejemplo, la justicia sudafricana ha establecido que en el caso de los recursos naturales subterráneos, los derechos pertenecen a las comunidades indígenas, no solo porque la propiedad fue establecida por sus leyes consuetudinarias, sino porque los recursos no pueden pertenecer a nadie más.<sup>107</sup>

---

102 Artículo 190 y ss. de la Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

103 Artículo 2 de la Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

104 Artículos 6 y 26 de la Constitución de la República de Sudáfrica.

105 Country Report...: 2.

106 *Ibid*: 18.

107 En: <<http://www.un.org/esa/socdev/unpfil/documents/Reports%20by%20Erica%20Irene%20A%20Daes.pdf>>.





# 3

## LA DESCENTRALIZACIÓN COMO UNA HERRAMIENTA DE PREVENCIÓN DE CONFLICTOS SOCIOAMBIENTALES

La descentralización debe entenderse como un proceso administrativo destinado a mejorar la eficiencia en la organización del Estado, y como un proceso político que busca una repartición territorial de las responsabilidades, respetando las grandes direcciones de este.<sup>108</sup> Así, los tres objetivos que persigue son:

1. En el ámbito institucional, la multiplicación de centros de decisiones que conlleven a una mayor eficacia en la gestión.
2. Decisiones más acertadas como producto de la desconcentración del poder.
3. Un pluralismo político, pues se abre la posibilidad de que grupos sociales tradicionalmente excluidos accedan al poder local y/o como mínimo se crean nuevos espacios de participación para las comunidades.<sup>109</sup>

Se puede afirmar entonces que los objetivos principales de un proceso de descentralización son mejorar la eficacia, inculcar el sentido de responsabilidad y asegurar la libertad política.<sup>110</sup> En resumen, habrá descentralización cuando las competencias del aparato centralizado del Estado sean transferidas a los entes territoriales, dotados de un mínimo de condiciones políticas, jurídicas y administrativas que les permitan asumir algunas de las funciones del gobierno nacional, formando parte de un Estado unitario.<sup>111</sup>

A continuación veremos los procesos de descentralización llevados a cabo en dos países latinoamericanos: Colombia y Chile, ambos referencias para el proceso que se lleva a cabo en el Perú.

---

108 Frege 1986.

109 Baguenard 1994.

110 Pening Gaviria 2003: 125.

111 *Ibíd.*

## 3.1. CHILE

---

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) plantea como un desafío pendiente para Chile el avanzar en la descentralización para favorecer el aumento de la productividad y la diversificación de la base económica.<sup>112</sup> Sin embargo, el país del sur ya ha alcanzado consensos transversales mínimos en cuanto a las tareas inmediatas que deben emprenderse en materia de descentralización y fortalecimiento de los gobiernos regionales y municipales.<sup>113</sup>

En ese sentido, se han promulgado leyes que otorgan a las municipalidades competencias fiscales, educativas, de salud y de gestión, y se ha hecho una reforma constitucional que faculta a los municipios a crear y suprimir empleos, fijar remuneraciones y establecer órganos o unidades con mayor autonomía.<sup>114</sup> De igual forma, en el ámbito regional se han dado normas que crean o fortalecen las capacidades de los gobiernos regionales. Por último, para lograr los objetivos trazados, se ha establecido el Fondo Nacional de Desarrollo Regional.<sup>115</sup>

A pesar de lo señalado, existe una percepción en el ámbito nacional de que el proceso de descentralización es pobre. Esto se debe principalmente a la falta de capacidad de gestión y de gasto de los gobiernos regionales y municipales, y a la ausencia de un modelo claro en las élites políticas de gobierno. En otras palabras, no existe un acuerdo sobre qué funciones podrían delegarse o cómo debe darse la delegación en sí.<sup>116</sup>

De esa forma, existe la necesidad de implementar el marco que gira alrededor del proceso de descentralización, faltando para ello modificaciones a leyes específicas, reglamentos o gestionar estas nuevas oportunidades. Entre los principales cambios se destaca: a) la elección directa de los miembros del consejo regional; b) la operacionalización de transferencias de competencias diferenciadas del gobierno central a los gobiernos regionales; c) la participación de los municipios en los convenios de programación; d) la creación de asociaciones municipales para diversos fines, con personalidad jurídica propia; y e) la identificación de áreas metropolitanas con mecanismos para su administración.<sup>117</sup>

Cabe resaltar que los puntos señalados solo podrán ser alcanzados cuando la capacidad institucional de los gobiernos regionales sea fortalecida, y es que esta se encuentra directamente relacionada con las responsabilidades que tengan o con los recursos que controlen.<sup>118</sup> En ese sentido, varias personas que han analizado el proceso llevado a cabo en Chile concuerdan en la necesidad de perfeccionar la profesionalización en los ámbitos regional y local.<sup>119</sup>

---

112 En: <<http://www.iadb.org/intalcdi/PE/2009/04071.pdf>>.

113 Valenzuela 2010: 3.

114 Waissbluth y Leyton 2006.

115 *Ibid.*

116 *Ibid.*

117 Valenzuela 2010: 2.

118 *Ibid.*: 7.

119 Waissbluth y Leyton 2006: 6.

## 3.2. COLOMBIA

---

La descentralización en Colombia es aún un proceso joven e incompleto, en tanto no se ha consolidado, pero tiene una buena proyección a largo plazo.<sup>120</sup> Este proceso busca cumplir con uno de los propósitos de la Constitución de 1991, que es el de consolidar a Colombia como una república unitaria, descentralizada y con entidades territoriales autónomas.<sup>121</sup>

Cabe señalar que el plan de implementación de la descentralización se caracteriza por su diseño integral, el cual comprende aspectos administrativos, políticos y fiscales, aunque a lo largo del proceso se han ido ajustando los diferentes instrumentos con el fin de garantizar mejores resultados.<sup>122</sup> De esa manera, algunos de los aspectos que ya han sido implementados en Colombia son:

1. Una nueva estructura de gobierno, en donde existe un nivel nacional especializado en la formulación, orientación y coordinación general de políticas, manejo macroeconómico y condiciones favorables para proveer bienes y servicios, frente a entidades territoriales que asumen competencias especializadas.
2. La democratización en las elecciones de alcaldes y gobernadores, elegidos por voto popular. En Colombia, los alcaldes eran antes designados por el gobernador, quien a menudo no conocía la realidad municipal.<sup>123</sup>
3. Un ajuste de la estructura fiscal que busca la racionalización y la eficacia. En este campo, las transferencias han permitido a los entes territoriales realizar proyecciones de sus ingresos en los planes de inversión a largo plazo,<sup>124</sup> aunque todavía requieren de los aportes del gobierno central.
4. El desarrollo de instrumentos de participación ciudadana en procesos de planeación, opinión, control y de formulación de políticas.
5. Nuevos procesos de orden asociativo, que crean una visión compartida de Estado y que generan alianzas estratégicas para la optimización de los recursos entre los diferentes niveles territoriales.<sup>125</sup>

No obstante, entre las críticas más comunes al proceso colombiano de descentralización se encuentran las referidas a la compleja reglamentación y organización administrativa, que a veces se plasma en una falta de consenso en lo que concierne a las responsabilidades de los distintos niveles de gobierno.<sup>126</sup> Al mismo tiempo, el gobierno central tiene más responsabilidades de gasto, mientras que los gobiernos intermedios no tienen mayor autonomía real ni poder económico para desarrollar sus funciones, terminando siempre la nación por rescatar a los departamentos de sus crisis y problemas de solvencia.<sup>127</sup>

---

120 Jáuregui Gómez 2001.

121 Devia Ruiz s/f.

122 *Ibíd.*

123 Pening Gaviria 2013: 141.

124 *Ibíd.*:142.

125 Devia Ruiz 2005.

126 Jáuregui Gómez 2001.

127 Devia Ruiz s/f.

En ese sentido, se puede afirmar que el proceso de descentralización colombiano ha perdido fuerza y que se ha dado una tendencia centralista, aunque esta sería una consecuencia de la escasa capacidad de los gobiernos regionales,<sup>128</sup> teniendo estos últimos que demostrar una mayor competencia en lo que respecta a gestión y control. Por otro lado, el éxito del proceso no solo depende de las iniciativas locales sino de factores externos, como la violencia de las guerrillas.<sup>129</sup>

---

128 *Ibíd.*

129 Pening Gaviria 2013: 142.



# 4

## REFLEXIONES FINALES

- Todo el desarrollo político normativo que se ha dado en los distintos países responde a escenarios particulares y busca de una forma u otra alcanzar el bien común.
- Mucha de la evolución normativa respecto del tratamiento de los recursos naturales obedece a un deseo de corregir situaciones específicas, por lo que los modelos implementados solo podrían aplicarse en los países en donde se desarrollaron.
- Que un modelo funcione o haya solucionado ciertos problemas no significa que pueda aplicarse en una realidad diferente, como la peruana.
- La mayoría de los regímenes sobre los recursos naturales tienden a mantener el control sobre ellos, incluso en los Estados Unidos donde parecería que los privados disponen más de estos recursos. El fin de esta regulación es que los beneficios que genera el aprovechamiento de los recursos naturales alcancen al mayor número de personas.
- Con el devenir de los años, existe una tendencia a brindar una mayor protección a los pueblos indígenas en la mayoría de los países investigados, respetando su estilo de vida y los derechos que ostentan al ser los primeros pobladores de los estados modernos. En ese sentido, tanto los modelos adoptados por los países latinoamericanos como los que se rigen por el common law, buscan generar un marco jurídico mediante el cual los pueblos indígenas puedan preservar sus estilos de vida en armonía con el medio que los rodea y a través de un desarrollo sostenible.
- Respecto de los procesos de descentralización, ellos han sido concebidos como la mejor opción para el desarrollo de los países, debido a que permiten una toma de decisiones mucho más informada sobre la realidad de cada nación. No obstante, en Latinoamérica estos procesos se encuentran todavía en implementación, a pesar de que algunos estados han invertido mucho en su ejecución. El modelo colombiano es especialmente interesante para el Perú, porque en él se han identificado los pasos que deben darse a largo plazo y en tres sectores importantes: el administrativo, el político y el fiscal.





# BIBLIOGRAFÍA

## PUBLICACIONES

Albó, Xavier, S. J. (2009). “Los levantamientos indígenas son los que despertaron la independencia en América”. En 2009 año del bicentenario de la liberación y año de la refundación de Bolivia. Publicación especial. La Paz: Ministerio de Justicia.

Baguenard, J. (1994). La décentralisation. Colección: Que sai-je?, núm. 1879. Cuarta edición. París: Presse Universitaire de France.

Ballem, John (2008). The Oil and Gas Lease in Canada. Toronto: The University of Toronto Press Inc.

Belaunde Moreyra, Martín (2009). Derecho minero y concesión. Tercera edición. Lima: Editorial San Marcos E. I. R. L.

Borda, Guillermo (1976). Manual de derechos reales. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Caillaux, Jorge y Manuel Ruiz (2002). “Experiencias legislativas sobre acceso a recursos genéticos y opciones para los países megadiversos”. Documento preparado para la Reunión Ministerial de Países Megadiversos Afines. Cancún, México, 16-18 de febrero.

Cohen, Felix S. (1945). Handbook of Federal Indian Law. Cuarta edición. Washington.

Country Report of the Research Project by the International Labor Organization and the African Commission on Human and People’s Rights on the Constitutional and Legislative Protection of the Rights of Indigenous Peoples: South Africa (2009). Ginebra: International Labor Office.

Devia Ruiz, Sandra P. (2005). Descentralización hacia los departamentos en Colombia. Bogotá: Programa de Apoyo a la Descentralización y el Desarrollo Local para la Paz, GTZ, Ministerio del Interior y Justicia.

Devia Ruiz, Sandra P. (s/f). “La descentralización en Colombia: un reto pendiente”. Bogotá: Ministerio del Interior y Justicia. Disponible en: <[http://www.dane.gov.co/revista\\_ib/html\\_r2/articulo6\\_r2.htm](http://www.dane.gov.co/revista_ib/html_r2/articulo6_r2.htm)>.

Frege, X. (1986). La décentralisation. Colección: Repères, núm. 44. París: Édition La Découverte.

- Getches, David H., Charles F. Williams y Robert A. Williams Jr. (2005). *Cases and Materials on Federal Indian Law*. Quinta edición. St. Paul: West Publishing Co.
- Gould, Scott (1996). "The Consent Paradigm: Tribal Sovereignty in the New Millennium". En: *Columbia Law Review*. Mayo.
- Gowlland-Gualtieri, Alix (2007). *South Africa's Water Law and Policy Framework: Implications for the Right of Water*. IELRC Working Paper. Ginebra: International Environmental Law Research Centre (IELRC).
- Gonzales, Tadeo (1999). "Estado y nación". En García Toma, Víctor, *Teoría del Estado y derecho constitucional*. Primera edición. Lima: Universidad de Lima.
- Jáuregui Gómez, Alejandro (2001). "El proceso de descentralización en Colombia. Economía pública". Disponible en: <<http://www.gestiopolis.com/canales/economía/artículos/no4/Elprocesodedescentralizacion.htm>>.
- Jones, Richard S. (1998). *Alaska Native Claims Settlement Act of 1971 (Public Law 92.203): History and Analysis Together with Subsequent Amendments*. Report núm. 81-127 GOV. Junio.
- Lasarte, Carlos (2012). *Principios de derecho civil*. Tomo cuarto: Propiedad y derechos reales de goce. Madrid: Marcial Pons.
- Lastres Bérninzon, Enrique (2009). *Derecho de minería y energía*. Lima: Asociación Primera Fuente, Estudio Enrique Lastres Abogados.
- Lourido Luque, Patricia (1988). *De la propiedad del subsuelo colombiano*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Marchak, M. Patricia (1998). *Who Owns in the United States and Canada?* Land Tenure Center. Work Paper núm. 20. Madison: University of Wisconsin.
- Olivetti, Alfred y Jeffrey Worsham (2003). *This Land is your Land, this Land is my Land: The Property Rights Movement and Regulatory Takings*. LFB Scholarly Publishing LLC.
- Pening Gaviria, Jean Philippe (2003). "Evaluación del proceso de descentralización en Colombia". En *Economía y Desarrollo*, vol. 2, núm. 1, marzo.
- "Property Plight" (2010). Entrevista al profesor Tom Flanagan. *Fraser Forum*. Canadá: Fraser Institute, junio. Disponible en: <[www.fraserinstitute.org](http://www.fraserinstitute.org)>.
- Pulgar-Vidal, Manuel (2009). "Suelo y subsuelo o contra suelo: descifrando el misterio del capital". En: *Bajo la Lupa*. Revista de Análisis y Propuestas, núm. 15. Lima.
- Rowan, Michael (2005). "Alaska muestra el camino". En: *VenEconomía Hemeroteca*, vol. 22, núm. 12, septiembre. (Traducido por Miguel Sojo. Extracto de un capítulo de M. Rowan para el *Journal of Political Marketing*). Chicago: DePaul University.
- Valenzuela, Juan Pablo (2010). "Informe preliminar sobre descentralización en Chile: elementos de contexto". Documento de Debate IDB-DP-159. Banco Interamericano de Desarrollo. Sector de Capacidad Institucional y Finanzas. Noviembre.

Velásquez Jaramillo, Luis G. (2004). Bienes. Novena edición. Bogotá: Editorial Temis.

Waissbluth, Mario y Cristian Leyton (2006). “La descentralización en Chile: asignatura pendiente”. En: E-Columna, 17 de abril. Disponible en: <<http://www.mariowaissbluth.com/secciones/articulos/pdf/descentralizaicón.pdf>>.

## SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-1548 del 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú 03343-2007-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú 0047-2004-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC/149-2011.

## NORMAS

Acta de Desarrollo de los Recursos Minerales y Petróleo de Sudáfrica.

Alaska Native Claims Settlement Act.

Código Civil Peruano.

Código de Minas, ley 685 del 2001.

Constitución Española de 1978.

Constitución de la República de Sudáfrica.

Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica.

Constitución Política de la República de Colombia de 1991.

Constitución Política del Perú de 1993.

Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Decreto supremo 068-2001-PCM, reglamento de la ley 26839: Ley sobre la Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

General Allotment Act.

La Decisión Andina 391.

La Nueva Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia.

Ley de Montes española, ley 43 del 2003.

Ley Nacional del Agua de Sudáfrica (National Water Act).

## PÁGINAS WEB VISITADAS

[http://www.lostiempos.com/diario/opiniones/columnistas/20100813/dominio-originario\\_84865\\_161882.html](http://www.lostiempos.com/diario/opiniones/columnistas/20100813/dominio-originario_84865_161882.html)

<http://geology.com/articles/mineral-rights.shtml>

[http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split\\_estate\\_information](http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split_estate_information)

<http://jornadasdederechomineria.blogspot.com/2005/12/procedimientos-de-titulacin-minera-en.html>

<http://geology.com/articles/mineral-rights.shtml>

[http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split\\_estate\\_information](http://www.earthworksaction.org/issues/detail/split_estate_information)

<http://es.wikipedia.org/wiki/Apartheid>

<http://www.southafricaweb.co.za/page/natural-resources-south-africa>

<http://www.mbendi.com/indy/ming/af/sa/p0005.htm>

[http://www.corpoamazonia.gov.co/Region/Jur\\_resguardos.htm](http://www.corpoamazonia.gov.co/Region/Jur_resguardos.htm)

<http://old.kaosenlared.net/noticia/gobierno-colombiano-decreta-abolicion-resguardos-indigenas>

[http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS\\_Ordenamiento\\_Desarrollo\\_Territorial/3g11librocapitulo3.PDF](http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/DDTS_Ordenamiento_Desarrollo_Territorial/3g11librocapitulo3.PDF)

<http://www.un.org/esa/socdev/unpfil/documents/Reports%20by%20Erica%20Irene%20A%20Daes.pdf>

<http://www.iadb.org/intalcdi/PE/2009/04071.pdf>