



La gobernanza responsable de la tenencia y el derecho

Una guía para juristas y otros proveedores de servicios jurídicos



Las guías técnicas de la FAO sobre la gobernanza de la tenencia forman parte de una iniciativa de la Organización destinada a ayudar a desarrollar las capacidades para mejorar la gobernanza de la tenencia y contribuir a que los países apliquen las *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. Las guías técnicas de la FAO sobre la gobernanza de la tenencia han sido elaboradas por especialistas técnicos y pueden ser utilizadas por una gran variedad de actores. En estas guías:

- los principios de las Directrices se traducen en medidas, procesos y mecanismos prácticos;
- se facilitan ejemplos de buenas prácticas, indicando qué ha funcionado, dónde, por qué y cómo;
- se proporcionan herramientas útiles para realizar ciertas actividades como, por ejemplo, concebir procesos normativos y de reforma, diseñar proyectos de inversión y orientar intervenciones.

Para más información sobre las Directrices y las actividades de la FAO sobre la gobernanza de la tenencia, sírvase visitar el sitio web: **www.fao.org/tenure**

La gobernanza responsable de la tenencia y el derecho

Una guía para juristas y otros proveedores de servicios jurídicos

Autores:

Lorenzo Cotula: *Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo (IIED)*

Thierry Berger: *Consultor del IIED*

Rachael Knight: *Namati*

Thomas F. McInerney: *Director de la Iniciativa*

Margret Vidar: *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)*

Peter Deupmann: *Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)*

Coordinador:

Margret Vidar

Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)

Con la presente publicación se busca fomentar la aplicación de las *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. La terminología utilizada para la redacción de la presente publicación no contradice la de las Directrices, tal y como estas fueron aprobadas por el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial el 11 de mayo de 2012, ni la función que desempeñan los Estados en la ejecución de las mismas.

Esta publicación se ha elaborado con la asistencia financiera de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), y el Gobierno de Alemania. Las opiniones expresadas en la misma son las de sus autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista ni las políticas oficiales de la FAO.

Las denominaciones empleadas en este producto informativo y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene no implican, por parte de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), juicio alguno sobre la condición jurídica o nivel de desarrollo de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras o límites. La mención de empresas o productos de fabricantes en particular, estén o no patentados, no implica que la FAO los apruebe o recomiende de preferencia a otros de naturaleza similar que no se mencionan.

Las opiniones expresadas en este producto informativo son las de su(s) autor(es), y no reflejan necesariamente los puntos de vista o políticas de la FAO.

ISBN 978-92-5-130063-3

© FAO, 2017

La FAO fomenta el uso, la reproducción y la difusión del material contenido en este producto informativo. Salvo que se indique lo contrario, se podrá copiar, imprimir y descargar el material con fines de estudio privado, investigación y docencia, o para su uso en productos o servicios no comerciales, siempre que se reconozca de forma adecuada a la FAO como la fuente y titular de los derechos de autor y que ello no implique en modo alguno que la FAO aprueba los puntos de vista, productos o servicios de los usuarios.

Todas las solicitudes relativas a la traducción y los derechos de adaptación así como a la reventa y otros derechos de uso comercial deberán dirigirse a www.fao.org/contact-us/licence-request o a copyright@fao.org.

Los productos de información de la FAO están disponibles en el sitio web de la Organización (www.fao.org/publications) y pueden adquirirse mediante solicitud por correo electrónico a publications-sales@fao.org.

Agradecimientos

Esta Guía ha sido elaborada por un equipo encabezado por Lorenzo Cotula (Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo –IIED–) e integrado por Thierry Berger (consultor del IIED), Rachel Knight (Namati), Margret Vidar y Peter Deupmann (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura –FAO), y Thomas F. McInerney, bajo la dirección de Margret Vidar.

Un taller de expertos organizado por la FAO y el IIED y celebrado en la sede del IIED en Londres los días 17 y 18 de febrero de 2015, brindó la oportunidad de estudiar la versión preliminar de la Guía y recibir comentarios, ejemplos y aportes. El debate que surgió en el taller contribuyó ampliamente a esta publicación. Además del equipo de redacción, participaron en el evento: Stéphane Brabant, Lucy Claridge, Ross Clarke, Godwin Dzokoto, Vuthy Eang, Bahram Ghazi, Nicolas Heurzeau, Oliver Holland, Megan MacInnes y Ana María Suárez Franco. Daphné Lacroix (IIED) estuvo a cargo de la organización del taller.

En la elaboración la Guía también han resultado sumamente útiles los comentarios de Safia Aggarwal, David Bledsoe, Dubravka Bojic, Margherita Brunori, Rosa Angélica Castaneda Flores, Yannick Fiedler, Ana Paula De la O Campos, Juan Carlos García y Cebolla, Paolo Groppo, Asako Hattori, Daniel King, Eric Jesper Karlsson, Naomi Kenney, Tony Lamb, Jonathan Lindsay, Pascal Liu, Ali Mekouar, Rebecca Metzner, Sofia Monsalve Suárez, Lorenza Paolini, David Palmer, Dominique Reeb, Leila Shamsifar, Darryl Vhugen y el Comité Internacional de Planificación por la Soberanía Alimentaria (Grupo de trabajo sobre tierra y territorio).

La revisión final del texto estuvo a cargo de Safia Aggarwal, Marianna Bicchieri, Yannick Fiedler, Eric Jesper Karlson, Tony Lamb, Jonathan Lindsay, Eliana Haberkon, David Palmer y Francesca Romano. La versión original en inglés de esta guía ha sido traducida al español por Juanita Chacón bajo la supervisión de Luisa Cruz. El diseño fue realizado por Luca Feliziani y Claudia Tonini.

La FAO desea manifestar su agradecimiento al IIED por la colaboración prestada para la elaboración de esta Guía, al Gobierno de Alemania por la contribución financiera que permitió su publicación y a todas las personas antemencionadas por sus aportes y el tiempo que han dedicado a esta labor.

Prólogo

La gobernanza responsable de la tenencia fomenta y sustenta la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada, que es uno de los objetivos de las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (en adelante, las Directrices). Con ellas también se pretende avanzar hacia el desarrollo social y económico sostenible, la erradicación de la pobreza y la inversión responsable.

Las Directrices, de carácter voluntario y no vinculante, fueron aprobadas por el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial (CSA) el 12 de mayo de 2012. Están fundamentadas en el derecho internacional, en especial en el derecho internacional de los derechos humanos, y establecen los principios y normas de práctica responsable internacionalmente aceptados. Las Directrices están dirigidas fundamentalmente a los Estados, pero también incluyen disposiciones específicas para agentes del sector privado, como abogados, inspectores e inversionistas. A su vez, los organismos de ejecución, autoridades judiciales y gobiernos locales; organizaciones de agricultores, pequeños productores, pescadores, usuarios de los bosques y pastores; pueblos indígenas y otras comunidades; la sociedad civil; instituciones académicas; y toda persona interesada pueden utilizar las Directrices para evaluar la gobernanza de la tenencia y determinar cómo mejorar su efectividad.

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ha elaborado una serie de guías técnicas con el fin de proporcionar orientación más detallada sobre temas específicos o para determinados grupos. Esta guía técnica, *La gobernanza responsable de la tenencia y el Derecho: una guía para juristas y proveedores de servicios jurídicos*, está dirigida a profesionales del derecho que trabajan con gobiernos, la sociedad civil, el sector privado u organismos de desarrollo, así como a colegios de abogados, notarios, jueces y toda persona interesada en comprender el papel del derecho en la implementación de las disposiciones de las Directrices. La legislación nacional es un elemento esencial para la gobernanza responsable de la tenencia para todos, en especial para los sectores más vulnerables de la sociedad. Las Directrices proporcionan elementos útiles para la formulación de un marco jurídico eficaz que facilite su implementación efectiva a nivel nacional. En esta guía técnica se examinan las implicancias jurídicas de las Directrices y se brinda orientación para evaluar la legislación nacional, llevar a cabo reformas jurídicas, y mejorar la implementación así como la resolución de controversias. Se abordan cuestiones jurídicas en materia de tierras, la pesca y los bosques, y sirve de complemento a otras guías técnicas que abordan determinados recursos, situaciones y problemas.

Las otras guías técnicas también contienen referencias a asuntos jurídicos y, por ende, son complementarias a esta guía. Se recomienda que quienes tengan interés en aspectos específicos de la implementación de las Directrices, como el tema de género, el consentimiento libre, previo e informado (CLPI), inversiones, registros, bienes comunes, el pastoreo, la silvicultura o la pesca, las consulten también.

Esperamos que esta guía técnica contribuya al fortalecimiento del estado de derecho como principio rector de la gobernanza responsable y como principio fundamental de los derechos humanos.

Índice

Agradecimientos	III
Prólogo	IV
Siglas	IX

1. Introducción 1

1.1 La ley y la gobernanza de la tenencia	4
1.2 Alcance y limitaciones de la Guía	4
1.3 ¿A quién está dirigida esta Guía y cómo debería utilizarse?	6
1.4 Estructura de la Guía	8

2. La importancia jurídica de las Directrices 11

2.1 ¿Qué valor jurídico se atribuye a las Directrices?	13
2.2 La responsabilidad profesional, el estado de derecho y las Directrices	17
2.3 Legitimidad social y jurídica: entender los “derechos legítimos de tenencia”.	19
2.3.1 Legitimidad social y jurídica	19
2.3.2 ¿Qué son los derechos legítimos de tenencia?	20
2.3.3 Los derechos consuetudinarios e indígenas son derechos legítimos de tenencia	21
2.3.4 Los derechos de propiedad común, de uso y de tenencia, así como los derechos compartidos y superpuestos son derechos legítimos de tenencia	23
2.3.5 Los derechos de la mujer son derechos legítimos de tenencia	24

3. Uso de las Directrices para legislar 27

3.1 Evaluación de la legislación nacional en función de las Directrices	29
3.1.1 ¿Por qué realizar una evaluación de la legislación nacional?	29
3.1.2 ¿Qué leyes deberían evaluarse?	30
3.1.3 ¿Cómo se realiza una evaluación?	31
3.1.4 ¿Quién debería participar en la evaluación?	34
3.1.5 ¿Cómo utilizar los resultados de una evaluación?	34
3.2 Formulación de leyes: conceptos, actores, instrumentos y procesos	35
3.2.1 Garantizar la calidad de las leyes en términos de su redacción	36
3.2.2 Considerar el sistema jurídico en su conjunto	37
3.2.3 Promover procesos participativos de formulación de leyes	39
3.3 Integración de las Directrices a la legislación	42
3.3.1 Reconocimiento de los derechos legítimos de tenencia, incluidos los derechos consuetudinarios	42
3.3.2 Reforma del sistema de derechos de tenencia: redistribución y restitución	45

3.3.3	Transparencia	47
3.3.4	Consulta y consentimiento libre, previo e informado (CLPI)	48
3.3.5	Evaluaciones del impacto ambiental y social	50
3.3.6	Expropiación y compensación	51

4. Asegurar la efectividad de la legislación **57**

4.1	El rol del Estado	60
4.1.1	Asignación de los recursos necesarios para garantizar su aplicación	61
4.1.2	Crear conciencia sobre las leyes que fomentan la gobernanza responsable de la tenencia	61
4.1.3	Agilizar los procedimientos administrativos y judiciales	63
4.1.4	Establecimiento de mecanismos sólidos de combate a la corrupción	64
4.1.5	Atención especial a las necesidades de grupos pobres y marginados	65
4.1.6	Consideración de la pertinencia de las dimensiones y obligaciones extraterritoriales	67
4.2	El rol de las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal	68
4.2.1	Empoderamiento y alfabetización jurídica	70
4.2.2	Apoyo para demandas por vulneración de los derechos de tenencia y discriminación por razones de género, edad, condición de minoría y clase social	72
4.2.3	Apoyo a la documentación y registro de los derechos legítimos de tenencia	74
4.2.4	Apoyo a las comunidades en las negociaciones con empresas	75
4.2.5	Apoyo a personas y comunidades que se enfrentan a la expropiación de sus derechos legítimos de tenencia	77
4.3	El rol de los abogados corporativos	79

5. Resolución de controversias de tenencia **85**

5.1	Resolución de controversias de tenencia: conceptos básicos	87
5.1.1	¿Qué son las controversias de tenencia?	87
5.1.2	Orígenes de las controversias en materia de tenencia	88
5.1.3	Facilitar mecanismos de resolución de controversias relacionadas con la tenencia y la protección de los derechos legítimos de tenencia	89
5.2	La resolución de controversias en las Directrices	92
5.2.1	Facilitar el acceso al sistema judicial	93
5.2.2	Eliminar los requisitos jurídicos y de procedimiento innecesarios, y simplificar los procesos judiciales	94
5.2.3	Selección y capacitación en un sistema judicial diverso	94
5.2.4	Fortalecimiento de los sistemas consuetudinarios de justicia mediante su integración a los sistemas estatutarios	95
5.2.5	Establecimiento de un sistema de apelación judicial claro y asequible	95
5.2.6	Fortalecimiento del control judicial y demás mecanismos de rendición de cuentas	96
5.2.7	El cumplimiento de la ley y los fallos judiciales	96
5.3	Utilización de los procesos de resolución de controversias para promover la aplicación de las Directrices	97

6. Perspectivas futuras **101**

Referencias **105**

Lista de recuadros y cuadros

Recuadro 1.1	El derecho en las Directrices: algunos ejemplos
Recuadro 1.2	El papel de los juristas y los proveedores de servicios jurídicos en las Directrices
Recuadro 2.1	Las Directrices y el derecho internacional
Recuadro 2.2	Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos
Recuadro 2.3	Las Directrices sobre la pesca a pequeña escala y las Directrices
Recuadro 2.4	Marco y directrices sobre política agraria en África
Recuadro 2.5	Definición del estado de derecho en las Naciones Unidas
Recuadro 2.6	Identificación de los derechos legítimos de tenencia según las Directrices
Recuadro 2.7	Protección de los derechos de tenencia de carácter consuetudinario e indígena en las Directrices: disposiciones específicas
Recuadro 2.8	Zonas de pesca restringida y derechos consuetudinarios en Fiji
Recuadro 2.9	Derechos de los arrendatarios en Nepal y Sierra Leona
Recuadro 3.1	Directrices para la realización de evaluaciones
Recuadro 3.2	Principios generales de las Directrices
Recuadro 3.3	Evaluación de la gobernanza de la tenencia en Filipinas
Recuadro 3.4	Experiencia piloto de evaluación integral de la legislación y las políticas públicas en Sierra Leona
Recuadro 3.5	La formulación de leyes nacionales en las Directrices: algunos ejemplos
Recuadro 3.6	Manuales para la formulación de leyes y su puesta a prueba sobre el terreno en Burkina Faso y Samoa
Recuadro 3.7	La Ley de acuicultura de Suriname
Recuadro 3.8	Participación ciudadana en la formulación de leyes en Indonesia, Malí, Mozambique y la República Unida de Tanzania
Recuadro 3.9	Reconocimiento de todos los derechos legítimos de tenencia: ejemplos de las disposiciones de las Directrices
Recuadro 3.10	Ejemplos de reconocimiento jurídico de los derechos consuetudinarios sobre la tierra
Recuadro 3.11	Reformas a la tenencia en Azerbaiyán, Colombia, Nueva Zelanda y Sudáfrica
Recuadro 3.12	Legislación en materia de transparencia en el Camerún, Francia y Liberia
Recuadro 3.13	Consulta y CLPI en Ecuador, Filipinas y Mozambique
Recuadro 3.14	Legislación nacional que requiere evaluaciones de impacto social y ambiental en Guinea-Bissau y la India
Recuadro 3.15	Disposiciones específicas de las Directrices sobre expropiación y compensación
Recuadro 3.16	Compensación por derechos consuetudinarios de tenencia
Recuadro 3.17	Legislación sobre expropiación en la India

Recuadro 4.1	Disposición de las Directrices sobre educación jurídica de los ciudadanos
Recuadro 4.2	Enfoque de doble vía para el empoderamiento jurídico: proporcionar capacitación jurídica a funcionarios de gobierno y al personal de las ONG en Mozambique
Recuadro 4.3	Capacitación de líderes locales para garantizar fallos judiciales imparciales en Kenya
Recuadro 4.4	La Ley de Pesca de la República Democrática Popular Lao
Recuadro 4.5	Disposiciones de las Directrices en materia de registros de derechos de tenencia
Recuadro 4.6	Trabajo jurídico pro bono obligatorio en Sudáfrica
Recuadro 4.7	Disposiciones pertinentes de las Directrices en materia de prevención de la corrupción
Recuadro 4.8	Bosques comunitarios de mujeres en Nepal
Recuadro 4.9	Medidas emprendidas en Alemania, Dinamarca, Francia y Noruega
Recuadro 4.10	Ventajas de los asistentes judiciales
Recuadro 4.11	Trabajo conjunto de asistentes jurídicos y abogados jóvenes en apoyo a las comunidades indígenas el Camerún
Recuadro 4.12	Estrategias innovadoras para la promoción de la alfabetización jurídica: radiodifusión, caravanas de información jurídica y centros de información sobre los derechos de tenencia en Malí y Uganda
Recuadro 4.13	Aprovechamiento de los procesos de protección de la tierra comunitaria para fortalecer los derechos de tenencia de la mujer en Liberia, Mozambique y Uganda
Recuadro 4.14	Apoyo a las comunidades en su interacción con las empresas: la experiencia de Sierra Leona y Filipinas
Recuadro 4.15	Ejemplos de disposiciones en las Directrices sobre expropiación
Recuadro 4.16	Las empresas comerciales en las Directrices
Recuadro 4.17	Precedentes para abogados que recomiendan a sus clientes adherirse a las Directrices
Recuadro 5.1	Ejemplos de controversias relacionadas con la tenencia
Recuadro 5.2	Mediación
Recuadro 5.3	Uso de la mediación para resolver problemas relacionados con la pesca en Australia Occidental
Recuadro 5.4	Sección 21 de las Directrices: Resolución de controversias sobre derechos de tenencia
Recuadro 5.5	Mejorar el acceso a la justicia en Botswana y el Brasil
Recuadro 5.6	Formalización de pruebas “basadas en el paisaje” y consentimiento para utilizar el testimonio oral como prueba de derechos de tenencia de tierras en África oriental y meridional
Recuadro 5.7	Ejemplos de casos presentados ante tribunales nacionales en Colombia, Kenya y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Cuadro 2.1	Tipos de derechos legítimos de tenencia
-------------------	---

Siglas

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
AFD	Agencia Francesa de Desarrollo
AAV	Acuerdo de Asociación Voluntaria
CCPR	Código de Conducta para la Pesca Responsable
CDESC	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
CFI	Corporación Financiera Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CLPI	consentimiento libre, previo e informado
COFI	Comité de Pesca de la FAO
CSA	Comité de Seguridad Alimentaria Mundial
FERN	Bosques y la Red de Recursos de la Unión Europea
FIAN	Grupo de información y acción sobre prioridad para la alimentación
FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura
FLEGT	Action Plan: Plan de Acción sobre la Aplicación de las Leyes, Gobernanza y Comercio Forestales
GIZ	Agencia Alemana de Cooperación Internacional
IBA	Asociación Internacional de Abogados
IIED	Instituto Internacional de Medio Ambiente y Desarrollo
LAT	herramienta de evaluación jurídica
LGAF	Marco de Evaluación de la Gestión de Gobierno de la Tierra
LSP	Programa de apoyo a los medios de vida
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONG	organización no gubernamental

ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PPE	Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza
SAC	solución alternativa de controversias
UE	Unión Europea
USAID	Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional

1

Introducción

1. Introducción

Las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (en adelante, las Directrices) constituyen el instrumento más exhaustivo a nivel mundial que proporciona orientación a los actores estatales y no estatales para el fomento de la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. El máximo órgano de las Naciones Unidas (ONU) en materia de seguridad alimentaria, el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial (CSA), aprobó por unanimidad las Directrices el 11 de mayo de 2012, después de dos años de extensas consultas y un año de negociaciones intergubernamentales para llegar a su redacción final.

La aprobación de las Directrices ha generado un amplio consenso respecto de aquellos elementos de acción que podrían ayudar a mejorar la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. El desafío radica en cómo traducir las pautas contenidas en las Directrices en una gobernanza más efectiva de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques.

La presente guía técnica tiene por objetivo facilitar la puesta en práctica de las Directrices, en las que se brinda orientación para valerse del derecho con el fin de fomentar la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. En las Directrices se reconoce que la ley, y el derecho en general, son uno de los principales vehículos para traducir las normas internacionales en cambios reales. Por ejemplo, las Directrices ofrecen orientación sobre las características de los marcos jurídicos, los procesos legislativos y la prestación de asistencia jurídica a grupos vulnerables (véase el Recuadro 1.1 para conocer algunos ejemplos). Sobre la base de estas disposiciones, la presente guía técnica ofrece pautas más específicas en relación a cuatro aspectos:

- i) cómo evaluar los marcos jurídicos para determinar su grado de conformidad con las Directrices;
- ii) cómo formular leyes o enmendar las ya existentes, cuando corresponda;
- iii) cómo garantizar la debida aplicación de la ley, y
- iv) cómo utilizar las Directrices en el contexto de la resolución de controversias.

RECUADRO 1.1. El derecho en las Directrices: algunos ejemplos

5.1 “Los Estados deberían crear y mantener unos marcos de políticas, jurídicos y organizativos que promuevan la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques”.

5.5 “Los Estados deberían elaborar unas políticas, leyes y procedimientos pertinentes por medio de procesos participativos que involucren a todas las partes afectadas, asegurando que desde un principio sean tomados en cuenta tanto los hombres como las mujeres. Las políticas, leyes y procedimientos deberían formularse teniendo en consideración las capacidades para su ejecución e incorporando un enfoque de género”.

6.6. “Los Estados y demás actores deberían considerar medidas adicionales para apoyar a los grupos vulnerables o marginados que, de otro modo, no podrían acceder a los servicios administrativos y judiciales. Estas medidas deberían incluir el asesoramiento jurídico, como, por ejemplo, una asistencia letrada asequible, y tal vez también la prestación de servicios por parte de consejeros jurídicos no abogados, técnicos agrimensores para-profesionales, así como también mediante servicios móviles para las comunidades asentadas en lugares remotos y pueblos indígenas nómadas”.

1.1 La ley y la gobernanza de la tenencia

El rol que cumplen las leyes en la gobernanza de la tierra es un tema que suele suscitar intensos debates. Mientras algunos muestran optimismo en que las leyes fomentarán cambios sociales, otros las desestiman por su escasa pertinencia y los escollos que existen para que efectivamente puedan aplicarse. En determinados contextos y situaciones, la ley ofrece canales de acceso a la justicia, pero en otros protege los intereses de los ricos y poderosos.

La interacción entre el derecho y la sociedad es compleja, y las diferentes posiciones que se puedan tener al respecto son válidas para evaluar estrategias que utilicen el derecho como mecanismo para fomentar una mejor gobernanza de la tenencia. A lo largo de la historia, la ley ha sido aprovechada por los ricos y poderosos para legitimar su titularidad de la tenencia, no obstante, también ha permitido a los grupos marginados reivindicar sus derechos y exigir reparación.

Independientemente de la postura que se adopte, está claro que resulta necesario contar con algo más que “buenas” leyes, es decir, leyes que guarden coherencia con las Directrices. La aprobación de una nueva ley sobre tenencia puede enviar una fuerte señal política y constituir un importante avance en el reconocimiento de las demandas en materia de tenencia que han ido quedando marginadas. Sin embargo, la forma en que se interpreta y se aplica la ley es lo que en definitiva y en la práctica determinará los logros alcanzados. La corrupción, los sistemas judiciales disfuncionales y la administración ineficaz pueden entorpecer la consecución de los objetivos previstos en la ley. En consecuencia, muchas leyes “buenas” terminan convirtiéndose en letra muerta. La aprobación de una nueva legislación es solo una parte del proceso de utilizar el derecho para mejorar la gobernanza de la tenencia.

En general, es un hecho ampliamente reconocido que la ley es un elemento esencial, aunque insuficiente, para la implementación de las Directrices. Las Directrices reconocen la importancia de la ley, dedicando varias disposiciones a los marcos jurídicos, al apoyo para ejercer la capacidad jurídica y la resolución de controversias, calificando el estado de derecho como uno de los “principios rectores” de las Directrices (párr. 3B.7).

Alcanzar una comprensión realista de los límites de una “buena ley” requiere de pautas sobre la gama de actores y procesos necesarios para que la ley pueda aplicarse y marcar la diferencia en la práctica, desde los tribunales y mecanismos administrativos, los organismos estatales y no estatales que ofrecen apoyo en materia de capacidad, y los servicios de asesoramiento o representación, hasta los ciudadanos y las empresas y el papel que desempeñan como usuarios de las normas. Además, aunque una ley “buena” por sí sola no alcanzará necesariamente los objetivos perseguidos, es indudable que una ley “mala”, independiente del lugar del mundo al que se refiera, constriñe la aplicación de los principios reflejados en las Directrices. Ante esta situación, se hace necesario contar con pautas para evaluar y reformar los marcos jurídicos con vistas a fomentar la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques.

1.2 Alcance y limitaciones de la Guía

El concepto de tenencia —y de la ley en sí— forma parte de las relaciones políticas, económicas, culturales y sociales de un país. Esta Guía, si bien reconoce la importancia de estas dimensiones, se centra en aspectos estrictamente jurídicos.

El interés por aspectos jurídicos de la tenencia no sugiere de manera alguna que los sistemas de tenencia formales sean necesariamente mejores que los sistemas informales. Los sistemas consuetudinarios, que presentan diferentes niveles de formalización, pueden tener buenos

resultados y las Directrices instan de forma explícita a los Estados a promover, entre otras cosas, leyes que contemplen el reconocimiento de la tenencia informal (véase el Capítulo 2). Asimismo, esta Guía no da por hecho que la legislación sea el único vehículo, ni el vehículo principal, para la aplicación de las Directrices. Podría ser necesario recurrir a estrategias complementarias, en especial si la fragilidad del estado de derecho socava la eficacia de la ley como origen de reglamentación.

En las Directrices se brinda orientación general sobre varios temas importantes en materia de gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. Para evitar extenderse en demasía, no aborda todos estos asuntos, por ende, la Guía se centra solo en algunos asuntos específicos a fin de ilustrar las oportunidades y los desafíos que conlleva utilizar el derecho para mejorar la gobernanza de la tenencia.

Pese a que cada sociedad cuenta con sus propios regímenes jurídicos, esta Guía puede, de ser pertinente, adecuarse a la diversidad de contextos que existen alrededor del mundo en los que se requiera abordar el problema de la gobernanza de la tenencia. Cada jurisdicción tiene sus propias y múltiples leyes. En consecuencia, esta Guía solo ofrece pautas básicas en ciertas materias de potencial relevancia. En determinados casos, podría ser necesario contar también con asistencia técnica adaptada al contexto, por ejemplo, para evaluar los marcos jurídicos vigentes, aprobar reformas en la legislación o fortalecer procesos judiciales o administrativos.

El abanico de instrumentos jurídicos asociados a la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques es muy amplio y va más allá de la legislación cuyo título hace referencia explícita a estos recursos. Por ejemplo, el derecho de familia y de sucesiones, así como la legislación sectorial, pueden tener injerencia en los derechos de tenencia de las mujeres y los jóvenes. En la presente Guía se aplica un enfoque integrado, tomando en consideración las múltiples leyes que repercuten en la gobernanza de la tenencia, aunque se centra en las leyes que se enmarcan principalmente en términos de tenencia.

La gobernanza de la tenencia está asociada intrínsecamente a una diversidad de instrumentos jurídicos (sectoriales e intersectoriales) tanto nacionales como internacionales. Están en juego los derechos humanos reconocidos internacionalmente, y los tratados internacionales pueden incidir en la gobernanza de la tenencia, por ejemplo, en lo que dice relación con la ordenación pesquera y la legalidad del comercio maderero. Si bien se reconoce la importancia de estas dimensiones del derecho internacional, esta Guía se centra en la legislación nacional.

Existen otras guías técnicas producidas por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y otros organismos asociados que también podrían ser de interés para los lectores de esta Guía. La FAO ha publicado guías sobre el tema específico de género y la tierra (*Gobernar la tierra en beneficio de las mujeres y los hombres. Una guía técnica para apoyar la gobernanza de la tenencia de la tierra responsable y equitativa en cuanto al género*, 2013a), sobre los pueblos indígenas (*Respeto del consentimiento libre, previo e informado. Orientaciones prácticas para gobiernos, empresas, ONG, pueblos indígenas y comunidades locales en relación con la adquisición de tierras*, 2013e), la pesca (*Implementing improved tenure governance in fisheries. A technical guide to support the implementation of the Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security*, 2013b) y los bosques (*Mejorar la gobernanza de la tenencia forestal. Una guía práctica*, 2013c). Más recientemente se publicó una guía sobre inversiones agrícolas (*Salvaguardar los derechos de tenencia de la tierra en el contexto de las inversiones agrícolas. Guía técnica sobre cómo salvaguardar los derechos de tenencia de la tierra en consonancia con las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, destinada a las autoridades gubernamentales que se ocupan de promover, aprobar y supervisar inversiones agrícolas*, 2015e). La FAO también está elaborando guías técnicas para inversionistas, sobre los bienes comunes, los pastores, el registro de los derechos de tenencia, el uso de la tecnología de la información y la valorización.

Muchas de estas publicaciones hacen referencia a cuestiones jurídicas y hacen un análisis pormenorizado de aquellas que tienen pertinencia directa con el tema abordado.

1.3 ¿A quién está dirigida esta Guía y cómo debería utilizarse?

Esta Guía está dirigida a profesionales del área jurídica que prestan servicios a diversos grupos de actores, como gobiernos, parlamentos, organismos de resolución de controversias, organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones de agricultores y pequeños productores, de pescadores, de pastores y de usuarios de los bosques (por ejemplo, organizaciones campesinas), pueblos indígenas y otros grupos comunitarios, el sector privado y toda persona involucrada. Entre sus destinatarios se incluyen asesores gubernamentales, redactores de textos legislativos, jueces, abogados, notarios, organizaciones de servicios jurídicos que trabajan con organizaciones de productores rurales y comunidades locales, y asesores internos. También puede resultar útil para la comunidad académica.

Todos estos grupos destinatarios podrían estar involucrados, de una u otra forma y en distintas etapas, en la legislación en materia de gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. Las Directrices instan a todos los proveedores de servicios jurídicos a ejercer sus funciones con la debida diligencia y en la medida de sus posibilidades, y a las asociaciones profesionales a promover comportamientos éticos con la máxima y debida diligencia cuando se prestan servicios jurídicos (véase el Recuadro 1.2). Podría decirse que tener en cuenta las Directrices al momento de prestar servicios jurídicos de por sí es un elemento importante de dicha debida diligencia y comportamiento ético (véase el Capítulo 2).

Todos estos grupos destinatarios cumplen distintas funciones, lo cual favorecería la aplicación de las Directrices de muchas maneras. Sin embargo, también podrían favorecer a aquellos que compiten y reclaman la tenencia con perspectivas distintas y, en ocasiones, contrarias al cumplimiento de las Directrices. En consecuencia, se hace necesario tomar en consideración estas eventuales tensiones al momento de formular estrategias de utilización de la legislación para implementar las Directrices, entre otras cosas velando por su aplicación informada basada en el conocimiento sólido de los principios jurídicos subyacentes a ellas.

Profesionales del área jurídica que trabajan para el Estado o que brindan asesoría al sector público. Dado que gran parte de las pautas que proporcionan las Directrices están dirigidas a los Estados, los profesionales del área jurídica que los asesoran pueden cumplir un rol decisivo en términos de velar por que se cumplan las normas referidas en las Directrices. Existen varios motivos por los cuales deben hacerlo. Las Directrices son un reflejo del consenso que existe sobre mejores prácticas a nivel mundial. En la mayoría de los casos, es probable que aplicarlas facilite el cumplimiento de la normativa contenida en la legislación nacional o internacional, incluidos los tratados de derechos humanos. De hecho, varias de sus disposiciones reflejan el derecho internacional de los derechos humanos, de carácter vinculante.

En términos más generales, a los gobiernos les interesa velar por el cumplimiento de las Directrices. Decisiones que hayan sido tomadas en línea con estas Directrices tienen mayores probabilidades de recibir amplio apoyo. Asimismo, garantizar la adecuada protección de los derechos legítimos de tenencia conducirá a una mayor equidad y a una coexistencia más pacífica en la sociedad, y a la percepción de una mayor legitimidad de la legislación. También puede ayudar a favorecer un entorno más propicio para el sector privado debido a que crea mayor seguridad de la tenencia y reduce la cantidad de controversias.

Los gobiernos, así como los profesionales del área jurídica que los asesoran, pueden llevar a cabo un análisis detallado para evaluar si los marcos jurídicos vigentes cumplen las normas estipuladas en las

RECUADRO 1.2
**El papel de los juristas
y los proveedores de
servicios jurídicos en las
Directrices**

6.8 “Las asociaciones profesionales competentes involucradas en los servicios relacionados con la tenencia deberían elaborar, divulgar y supervisar la aplicación de unas normas éticas de comportamiento de elevado perfil. Los agentes del sector público y privado deberían cumplir las normas éticas aplicables. En el caso de que las violasen, deberían ser sometidos a medidas disciplinarias. Cuando no existan tales asociaciones, los Estados deberían procurar un entorno que lleve a su establecimiento”.

12.13 “Los profesionales que prestan servicios a los Estados, a los inversionistas y a los titulares de derechos a la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques deberían proporcionar sus servicios con la máxima diligencia debida, independientemente de si esta condición les ha sido exigida específicamente o no”.

Directrices y, de no ser así, diseñar e implementar las reformas legislativas necesarias para que sí puedan cumplirse. La formulación y aprobación de leyes por lo general es prerrogativa de los parlamentos.

La aplicación de las Directrices resultará especialmente pertinente en aquellos casos en que el Estado tiene jurisdicción sobre la tierra, los bosques o las aguas. También puede ser pertinente para otros Estados. Por ejemplo, cuando hay inversión extranjera, el país de origen de dichas inversiones puede contribuir de manera significativa a garantizar que las inversiones cumplan lo establecido en las Directrices (párrs. 3.2 y 12.15). La ordenación pesquera suele involucrar la celebración de acuerdos internacionales entre varios Estados.

Organizaciones de servicios jurídicos de interés público. Las organizaciones de servicios jurídicos desempeñan un papel importante en promover la implementación de las Directrices en el marco de su trabajo con pueblos indígenas, comunidades locales y pequeños productores rurales como agricultores, pastores, usuarios de los bosques y pescadores, incluidas sus asociaciones y federaciones, y con ONG y cooperativas.

Las disposiciones de las Directrices pueden ir incluso más allá de las exigencias de la legislación nacional vigente, en cuyo caso sirven de referencia tanto para su promoción como para su fiscalización por parte de la ciudadanía y así poder avanzar en las reformas legislativas necesarias y el cumplimiento de las leyes vigentes. En la práctica, las organizaciones de servicios jurídicos pueden ayudar a los actores involucrados a ejercer sus derechos de manera más efectiva haciendo referencia a las Directrices en diversos contextos, entre ellos, en la redistribución o restitución de los derechos de tenencia, en iniciativas para asegurar los derechos de tenencia como fuente de oportunidades para ganarse la vida, o en sus asociaciones con el sector privado.

Abogados mercantiles. Las Directrices proporcionan un buen marco de referencia para abogados que prestan asesoría a empresas o a inversionistas sobre actividades del rubro que podrían vulnerar los derechos de tenencia. También podrían resultar de utilidad para abogados que representan a estos clientes, entre ellos inversionistas nacionales y extranjeros, como herramienta para determinar si existen falencias en la legislación nacional, para diseñar y redactar contratos que permitan mitigar los riesgos que dichas falencias o incoherencias de la legislación nacional pudieran generar o para garantizar la diligencia debida. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, y el concepto de diligencia debida de los derechos humanos que encarnan, han creado mayor conciencia entre los abogados mercantiles respecto de la importancia de incorporar consideraciones de responsabilidad social a la práctica del derecho mercantil, asociadas también a los procesos de diligencia debida.

El riesgo de la tenencia puede afectar en gran medida a las empresas, tanto en la forma de riesgo financiero, riesgo para la reputación y riesgo político (renegociación de contratos), y como el riesgo de sabotaje de las iniciativas comerciales que podrían imponerse sobre los derechos legítimos de tenencia (*The Munden Project*, 2012 y 2014). Como se ha demostrado a través de la impugnación al acaparamiento de tierras, el mero cumplimiento de las leyes nacionales no protegerá a las empresas de las críticas. Los abogados pueden ayudar a sus clientes asesorándoles sobre acciones que pueden reducir los riesgos de reputación o impulsar la responsabilidad social. La adhesión a las normas internacionales se ha convertido en un elemento clave de la “licencia social para operar”, lo que significa que una inversión más responsable probablemente recibirá mayor apoyo de actores externos.

Aunque las Directrices están dirigidas fundamentalmente a los Estados, también revalidan la responsabilidad que tienen las empresas comerciales de respetar los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia, y algunas disposiciones son aplicables a las inversiones directamente (véase los párrs. 3.2 y 12.12). Muchas empresas han accedido de forma voluntaria a adherirse a las Directrices tanto en sus propios establecimientos como en la gestión de su

cadena de abastecimiento. Por ejemplo, dos grandes empresas de bebidas dieron a conocer su determinación de instar a sus proveedores a cumplir las normas establecidas en las Directrices (FAO, 2014a).

Colegios de abogados, abogados, notarios, jueces y profesionales del área jurídica, en términos más generales. Además de los grupos específicos de profesionales del área jurídica indicados anteriormente, la Guía está dirigida al espectro más amplio de profesionales del área jurídica que hacen posible que las leyes puedan ser aplicadas en términos prácticos en cualquier sistema jurídico nacional. Entre ellos:

- i) abogados y notarios que pueden promover la aplicación de las Directrices mediante la prestación permanente de servicios jurídicos al público general;
- ii) colegios de abogados que pueden resultar determinantes en la tarea de integrar las Directrices en la práctica jurídica a través de actividades de sensibilización, formación profesional continua y difusión de mejores prácticas, y
- iii) jueces, que hacen referencia a las Directrices en los procesos de resolución de controversias; por ejemplo, para fundamentar la interpretación de leyes o como evidencia de mejores prácticas internacionales.

Abogados que prestan servicios a organismos internacionales de desarrollo. Los organismos bilaterales o multilaterales de desarrollo pueden contribuir a la promoción de la gobernanza responsable de la tierra a través de proyectos en el ámbito legislativo. Estos pueden incluir la evaluación de marcos jurídicos, asistencia técnica en procesos de reforma legislativa o apoyo en la aplicación de la legislación existente. Los asesores jurídicos o funcionarios del área de estos organismos pueden aportar también al diseño y ejecución de proyectos que tengan en cuenta las complejidades de las leyes que tienen un cierto impacto en la gobernanza de la tenencia.

Esta Guía no está dirigida de forma directa a grupos comunitarios que utilizan las leyes para ejercer mejor sus derechos de tenencia, a pesar de que son los destinatarios de los principios de las Directrices. En efecto, el objetivo de la presente Guía es apoyar a estos grupos indirectamente a través de la labor realizada por los profesionales del área jurídica antemencionados. El material incluido en esta publicación puede ser adaptado y reformulado para que los grupos comunitarios puedan utilizarlo sin recurrir a intermediarios, por ejemplo, a través de la producción de manuales de capacitación abreviados y para determinados contextos.

Esta Guía emplea un lenguaje no técnico con la intención de que cualquier persona interesada en las consecuencias jurídicas de las Directrices pueda entenderla.

1.4 Estructura de la Guía

En esta Guía se examinan diversas actividades del derecho que, consideradas en conjunto, ilustran las distintas formas en que la ley, y el derecho en general, tienen injerencia en la gobernanza de la tenencia. La Guía se divide en cuatro capítulos generales e incluye, además de esta introducción, una breve conclusión. Cada capítulo aborda un aspecto concreto de la relación entre el derecho y la gobernanza responsable de la tenencia y da seguimiento lógico al capítulo anterior. Todos los capítulos destacan los aspectos prácticos y se nutren, en la medida de lo posible, de ejemplos de la vida real que se presentan en forma de recuadros y listas de recomendaciones.

En el Capítulo 2 se explican con detalle las características y valor jurídico de las Directrices, y se analiza su relación con el derecho internacional y los instrumentos voluntarios. A continuación se examina cómo se alinean los principios sobre los cuales se sustentan las Directrices con los principios básicos de responsabilidad profesional aplicables a las profesiones del área jurídica en varias jurisdicciones, en especial la obligación de defender el estado de derecho. Finalmente, se explora cómo las Directrices pueden ampliar el abanico de derechos “legítimos” de tenencia hasta integrar los derechos que no estén reconocidos en la legislación nacional. Dado el gran alcance de las implicaciones que se derivan de dicho planteamiento, en este capítulo se profundiza en el concepto de “derechos legítimos de tenencia”.

En el Capítulo 3 se explica cómo elaborar o revisar las leyes que promuevan la gobernanza responsable de la tenencia y se brinda orientación respecto del contenido que debe incluir la legislación y cómo llevar a cabo el proceso de formulación de leyes. El capítulo comienza analizando cómo evaluar la legislación nacional para determinar el grado de concordancia con las Directrices y se proporciona orientación para la evaluación de la legislación nacional en función de su conformidad con las Directrices. Luego, se definen los conceptos centrales para la formulación de leyes. También se entrega una reseña de leyes que han sido formuladas para facilitar la aplicación de determinados aspectos de las Directrices, centrándose en temas específicos. Finalmente, se brinda orientación para la participación ciudadana y la transparencia en los procesos legislativos.

En el Capítulo 4 se examina cómo se puede garantizar la debida aplicación de las leyes. Se estudia la contribución de distintos actores para asegurar la efectividad de la legislación, entre ellos, la administración pública, los proveedores de servicios jurídicos que trabajan a nivel local con los titulares de derechos de tenencia y los abogados mercantiles. En este capítulo se revisan diversas estrategias de apoyo a la administración pública que facilitan la aplicación de las leyes y las Directrices, y de fortalecimiento de capacidades de quienes poseen derechos de tenencia para ejercer sus derechos y adentrarse en los procedimientos.

En el Capítulo 5 se explica cómo utilizar las Directrices para la resolución de controversias relacionadas con la tenencia. Se examina el acceso a la justicia en caso de aparente incumplimiento de los derechos de tenencia, el enfoque de las Directrices en procesos de resolución de controversias y las oportunidades que tienen los jueces y los responsables de la toma de decisiones para tener en cuenta las Directrices en el ejercicio de sus deberes.

En el Capítulo 6 se presenta una reseña de los ámbitos en los que las profesiones del área jurídica pueden contribuir a promover la implementación de las Directrices.

Para más información sobre la legislación relacionada con la tierra, la pesca y los bosques, consulte la base de datos de la FAO: <http://www.fao.org/faolex/es/>.

2

La importancia jurídica de las Directrices

2. La importancia jurídica de las Directrices

En este capítulo se explican en detalle las características y el valor jurídico de las Directrices, y se analiza su relación con el derecho internacional y los instrumentos voluntarios. A continuación se examina cómo se alinean los principios sobre los cuales se sustentan las Directrices con los principios básicos de responsabilidad profesional aplicables a las profesiones del área jurídica en varias jurisdicciones, en especial la obligación de defender el estado de derecho. Finalmente, se explora cómo las Directrices pueden ampliar el abanico de derechos “legítimos” de tenencia hasta integrar los derechos que no estén reconocidos en la legislación nacional. Dado el gran alcance de las implicaciones que se derivan de dicho planteamiento, en este capítulo se profundiza en el concepto de “derechos legítimos de tenencia”.

2.1 ¿Qué valor jurídico se atribuye a las Directrices?

Las Directrices son un instrumento internacional que el Comité de Seguridad Alimentaria Mundial (CSA), organismo de las Naciones Unidas que actúa como principal responsable en materia de seguridad alimentaria, aprobó por unanimidad en 2012. Desde entonces, han recibido amplio apoyo en numerosos foros, como el Consejo y la Conferencia de la FAO (FAO, 2012 y FAO, 2013d, respectivamente), la Asamblea General de las Naciones Unidas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2012), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible Río+20 (Río+20, 2012), el G20 (G20, 2012) y la *Assemblée parlementaire de la Francophonie* (APF, 2012). En consecuencia, las Directrices ostentan considerable autoridad política.

A su vez, antes de las negociaciones sobre las Directrices en el CSA, se celebraron consultas amplias en varias regiones y con diversos grupos de actores por un período de dos años. Para ello se organizaron 10 consultas regionales, una con el sector privado y cuatro con la sociedad civil a las que asistieron casi 1 000 participantes de más de 130 países, en representación de organismos gubernamentales, de la sociedad civil y del sector privado, instituciones académicas y agencias de la ONU (FAO, sin fecha). Algunos actores no estatales también colaboraron de forma activa en las negociaciones con el CSA. Como resultado, las Directrices gozan de una amplia legitimidad social tanto entre los gobiernos como la sociedad civil y los actores informados del sector privado.

Las Directrices se redactaron de manera que fueran compatibles con el derecho internacional, no obstante, carecen de facultades para que sean jurídicamente obligatorias por sí mismas en el derecho internacional (párr. 2.2).

De todas las fuentes de derecho internacional público reconocidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a lo que más se asemejan las Directrices es a los tratados, esto es debido a que responden a un proceso de negociación intergubernamental que ha dado lugar a un texto claro e instrumento sólido. Sin embargo, es evidente que no se trata de un tratado. Las Directrices no se definen como “acuerdos”, sino como directrices. Su título, la forma en que están redactadas y las circunstancias bajo las cuales han sido aprobadas ponen de manifiesto su carácter voluntario. En consecuencia, las Directrices carecen de la intencionalidad necesaria para crear un tratado jurídicamente vinculante (Aust, 2007).

La mejor manera de describir las Directrices es refiriéndose a ellas como un instrumento de derecho indicativo cuyo objetivo es brindar orientación a los Estados (y en varios aspectos, a actores no estatales) que buscan alinear la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques con las mejores prácticas a nivel internacional.

RECUADRO 2.1 Las Directrices y el derecho internacional

hacen referencia directa al derecho internacional vigente en cuanto reconocen los derechos de los pueblos originarios de conformidad con diversos tratados como, por ejemplo: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes; el Convenio sobre la Diversidad Biológica; las disposiciones sobre compensación, consulta y CLPI que, en términos generales, concuerdan con la jurisprudencia de los derechos humanos internacionales; las disposiciones relativas a la igualdad de género, que son coherentes con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); el respeto del derecho internacional humanitario en situaciones de conflicto (párr. 25.1); y las normas de transparencia e integridad gubernamental que concuerdan ampliamente con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC).

Dada la estrecha relación que existe entre los derechos de tenencia y los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH], 2014), la aplicación de las Directrices puede contribuir significativamente a la realización de los derechos humanos, incluido el derecho a una alimentación adecuada, como se reconoce en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En términos más generales, las Directrices establecen “principios de aplicación” (párr. 3B) que concuerdan en gran medida con las disposiciones del derecho internacional en materia de derechos humanos, a saber, dignidad humana, derechos humanos, equidad y justicia, igualdad de género, estado de derecho, transparencia y rendición de cuentas.

Pese a no ser vinculantes, las Directrices señalan de manera inequívoca que “los Estados tendrán la responsabilidad de su ejecución, seguimiento y evaluación” (párr. 26.1). Los esfuerzos gubernamentales por materializar las disposiciones contenidas en ellas requerirán a menudo el uso de los mismos instrumentos jurídicos utilizados para promulgar leyes nuevas o reformar las ya existentes. En estos casos, las Directrices proporcionan un punto de referencia

Más allá de las cuestiones de autoridad política y legitimidad social, los abogados seguramente se harán otras preguntas: ¿Qué efecto tienen las Directrices en las obligaciones y derechos jurídicos, y en los objetivos de las personas que asesoro? ¿Las Directrices crean obligaciones jurídicas vinculantes? ¿Son un instrumento de derecho indicativo diseñado para ofrecer orientación a los Estados que quieren mejorar su gobernanza de la tenencia? Si las Directrices no tienen carácter vinculante, ¿podrían equivaler a una autoridad persuasiva que da forma a la comprensión del derecho internacional vinculante?

Las Directrices no son un documento jurídicamente vinculante, como queda en evidencia al incluir el adjetivo “voluntarias”. Además, en su redacción se ha utilizado “debería”, y no “deberá”, para referirse a sus elementos normativos. Las Directrices reconocen que los Estados interpretarán y aplicarán sus disposiciones de conformidad con los sistemas jurídicos nacionales y sus instituciones (párr. 2.5). Al aprobarse las Directrices en el CSA, los Estados dejaron en claro que serían consideradas voluntarias, como se señala explícitamente en el párrafo 2.1 (véase el Recuadro 2.1). Desde el punto de vista jurídico, son los Estados los que deben decidir si la legislación nacional debe alinearse con la orientación brindada en las Directrices.

El carácter voluntario de las Directrices no implica que carezcan de transcendencia jurídica. Algunos de sus párrafos

autorizado que permite a los Estados modificar o aprobar leyes sobre la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques.

Las Directrices también pueden cumplir una función importante en la implementación de la ley vigente. Por ejemplo, los jueces y administradores pueden remitirse a ellas para interpretar la legislación nacional, en especial en caso de ambigüedades en el lenguaje (véase el Capítulo 5). Gracias a los proyectos nuevos que van surgiendo, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (véase el Recuadro 2.2), los abogados mercantiles han ido adquiriendo cada vez más consciencia de la importancia de tener en cuenta los instrumentos de derecho indicativo en la práctica del derecho comercial.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, cuyo objetivo es precisar los deberes de los Estados en materia de derechos humanos y las responsabilidades de las empresas en el ejercicio de sus actividades comerciales. Estos principios son el resultado de un proceso de consultas internacionales dirigido por John Ruggie, el entonces Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.

Los Principios Rectores se estructuran en torno a tres pilares: proteger, respetar y reparar. Los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos frente a interferencias externas, incluidas las procedentes de actores empresariales (“proteger”). Las empresas tienen la responsabilidad corporativa de emprender, con la diligencia debida, todas las acciones necesarias para evitar que se violen los derechos humanos y hacer frente a las consecuencias negativas derivadas de sus actividades (“respetar”). Por último, es necesario contar con mecanismos de reparación eficaces, como foros judiciales y mecanismos de reclamación extrajudiciales (“reparar”).

La responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

- “a) eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan, y
- b) traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos” (Principio 13).

En los Principios Rectores se incluyen varios anexos, entre ellos los “Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores”. Aunque no son de carácter jurídico vinculante, los Principios Rectores han recibido gran apoyo y aceptación, y algunas de sus implicaciones principales se reflejan ahora en otros instrumentos internacionales, como el párrafo 3.2 de las Directrices.

RECUADRO 2.2

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos

Fuentes: Cotula, 2014a y ACNUDH, 2011.

Las Directrices forman parte de un conjunto cada vez más extenso de disposiciones de carácter internacional, interrelacionadas y mutuamente complementarias, sobre cuestiones relacionadas con la alimentación y la agricultura. Entre los principales instrumentos se encuentran:

- las Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional (FAO, 2004b), aprobadas por el CSA y posteriormente por el Consejo de la FAO en 2004 (FAO, 2004a);
- las Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca a pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza (Directrices PPE) (FAO, 2015f), aprobadas por el Comité de Pesca (COFI, 2014) y por el Consejo de la FAO (FAO, 2014d) en 2014 (véase el Recuadro 2.3);
- los Principios del CSA para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios, aprobados por el CSA (CSA, 2014) y el Consejo de la FAO (2014d) en 2014, y
- la Declaración de Roma sobre la Nutrición (FAO y OMS, 2014b) y el Marco complementario de acción (FAO y OMS, 2014a), aprobados por la Segunda Conferencia Internacional sobre Nutrición en 2014.

En junio de 2014, el Comité de Pesca de la FAO (COFI) en su 31° período de sesiones, aprobó el primer instrumento internacional que aborda específicamente el tema de la pesca artesanal, conocido como las Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza (Directrices PPE), fundamentándose en el Código de Conducta para la Pesca Responsable (CCPR) aprobado por la Conferencia de la FAO en octubre de 1995.

- Reconociendo la importante contribución de la pesca artesanal al empleo, los ingresos y la seguridad alimentaria, en el artículo 6.18 del CCPR se insta a proteger el derecho de los pescadores y trabajadores del sector pesquero, especialmente aquellos que se dedican a la pesca de subsistencia, artesanal y a pequeña escala, a un sustento seguro y justo. Asimismo, el CCPR afirma que deben disfrutar de acceso preferencial, cuando proceda, a las zonas pesqueras y recursos que han explotado tradicionalmente en aguas dentro de la zona marítima de jurisdicción nacional.
- Las Directrices PPE son posteriores a las Directrices, en las que se fundamentaron. Incluyen disposiciones específicas para cada sector sobre temas que se abordan en las Directrices desde el punto de vista intersectorial, dedicando una sección específica a la gobernanza responsable de la tenencia (Secc. 5A).

Las Directrices PPE establecen que, de ser necesario y a fin de proteger las diversas formas de derechos legítimos de tenencia, se deberá promulgar legislación a tal efecto (párr. 5.4). También estipulan que los Estados deberán determinar los derechos de uso y de tenencia de estos recursos tomando en consideración, entre otras cosas, objetivos sociales, económicos y ambientales (párr. 5.6) y adoptar medidas encaminadas a facilitar el acceso equitativo a los recursos pesqueros para las comunidades de pescadores a pequeña escala, teniendo en cuenta las disposiciones de las Directrices (párr. 5.8).

Asimismo, las Directrices PPE incluyen principios rectores que se inscriben, en términos generales, a los “principios de aplicabilidad” contemplados en las Directrices, si bien también se hace referencia específica a los siguientes principios: “respeto de las culturas” y “sostenibilidad económica, social y medioambiental”, así como “responsabilidad social” y “factibilidad y viabilidad socioeconómica”. Las secciones dedicadas al desarrollo social, el empleo y el trabajo digno respaldan los aspectos socioeconómicos plasmados en sus principios rectores.

Actualmente, se encuentra en proceso de elaboración una guía técnica de apoyo a la implementación de las Directrices en el sector pesquero. Se publicó una versión preliminar en 2013 (FAO, 2013b).

RECUADRO 2.3
Las Directrices
sobre la pesca
a pequeña escala
y las Directrices

Al abordar de forma holística las cuestiones relacionadas con la gobernanza de la tenencia, en las Directrices se brinda orientación con el fin de avanzar hacia la aplicación de todos estos instrumentos. De hecho, en el Principio 5 (“Respetar la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques y el acceso al agua”), los Principios para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios hacen referencia específica a las Directrices. Por consiguiente, es importante que los abogados que se dedican a los temas abordados en estos instrumentos de derecho indicativo (inversiones en agronegocios, pesca a pequeña escala y derecho a la alimentación) estén familiarizados con las Directrices y las utilicen de forma correcta.

RECUADRO 2.4
Marco y directrices
sobre política
agraria en África

En algunos contextos, también han surgido pautas internacionales a nivel regional, por ejemplo, el Marco y Directrices sobre política agraria en África. En estos casos, los abogados y los organismos de servicios jurídicos deberían tomar en consideración las pautas tanto regionales como mundiales (véase el Recuadro 2.4).

El Marco y las Directrices sobre política agraria en África (*Framework and Guidelines on Land Policy in Africa*) son el resultado del trabajo conjunto de la Comisión de la Unión Africana, la Comisión Económica para África de las Naciones Unidas y el Banco Africano de Desarrollo (2010). Su objetivo es impulsar, entre otras cosas, el desarrollo socioeconómico a través de la transformación y modernización de la agricultura.

El Marco y las Directrices califican la tierra como recurso natural valioso e identifican su papel potencial en el desarrollo económico y la reducción de la pobreza. Promueven la creación de una visión del desarrollo nacional común a todas las partes interesadas. Asimismo, instan a los gobiernos a centrarse en los sistemas de administración de la tierra, incluidos los sistemas de concesión de derechos sobre ella y sus instituciones y estructuras de gobernanza. Por último, llaman a los Estados a garantizar asignaciones presupuestarias suficientes para la formulación y aplicación de políticas sobre la tierra.

El Marco y las Directrices recibieron en 2009 la aprobación de la Conferencia Conjunta de Ministros responsables de agricultura, tierra y ganadería y de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana. No pretenden crear obligaciones vinculantes para los Estados, sino más bien constituyen un conjunto de principios en los que se deberían basar los Estados africanos para la elaboración, el contenido y la implementación de las políticas relativas a las tierras.

Las Directrices abarcan una serie de cuestiones, por lo que los Estados que hayan decidido aplicarlas seguramente necesitarán tiempo para hacerlo. En algunos contextos, la envergadura de los cambios en la legislación, los reglamentos y las instituciones nacionales de los que se ocupan de los distintos sectores implicados es sencillamente tan grande que los países que quieran aplicar las Directrices no podrán hacerlo de un día para otro. Un primer e importante paso en la aplicación de las Directrices consiste en evaluar en profundidad el actual grado de coincidencia de diversos temas con las Directrices, a fin de determinar en qué ámbitos se requiere hacer reformas.

Principales recomendaciones 2.1

- ✓ Tomarse en serio las orientaciones de las Directrices: aunque no sean jurídicamente vinculantes *per se*, las Directrices son un instrumento rector que ha recibido amplias manifestaciones de apoyo.
- ✓ Determinar si las disposiciones pertinentes de las Directrices abarcan asuntos regulados por algún acuerdo internacional del que el Estado es parte.
- ✓ Al promover la aplicación de las Directrices, tener en cuenta otras normas e instrumentos jurídicos internacionales pertinentes que hayan sido elaboradas a nivel regional o mundial, así como otras directrices voluntarias como, por ejemplo, las Directrices PPE en relación con la tenencia de la pesca o el Marco y las Directrices sobre política agraria en África en lo que respecta a la tenencia de la tierra en África.

2.2 La responsabilidad profesional, el estado de derecho y las Directrices

Aunque las Directrices no son vinculantes, algunas de sus disposiciones reflejan normas de responsabilidad profesional que suelen ser aplicables a los profesionales del derecho. Por ejemplo, en muchos países el deber fundamental de un abogado es promover el estado de derecho y la administración de justicia. Además, están sujetos a deberes de equidad, honestidad e integridad, así como al deber de evitar conflictos de interés, como se establece en los Principios Internacionales para el Ejercicio de la Profesión Jurídica de la Asociación Internacional de Abogados (IBA, por su sigla en inglés) de 2011. Los profesionales están sujetos a estas obligaciones tanto frente a sus clientes así como a terceros y al público en general.

En los últimos años, la ONU ha elaborado orientaciones sobre el concepto de estado de derecho. La definición de estado de derecho de la Organización establece, entre otras cosas, que las leyes deben ser compatibles con las normas y los principios internacionales en materia de derechos humanos. También hace hincapié en la rendición de cuentas ante la ley, la equidad en la aplicación del derecho, la no arbitrariedad y la transparencia procesal y legal (véase el Recuadro 2.5).

Las Directrices afirman de manera explícita que el estado de derecho es un “principio de aplicación”, esto es, un principio esencial que se debe respetar durante la implementación de las Directrices (párr. 3B.7). El estado de derecho también da forma a los demás principios

RECUADRO 2.5 Definición del estado de derecho en las Naciones Unidas

Fuente: Consejo de
Seguridad de las
Naciones Unidas, 2004.

Las Naciones Unidas definen el estado de derecho como un “principio de gobierno según el cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal”.

de aplicación de las Directrices. Por ejemplo, está muy vinculado con la transparencia (párr. 3B.8) y se hace referencia explícita a él en relación con la rendición de cuentas (párr. 3B.9). Las Directrices también hacen referencia al respeto del estado de derecho en relación con cuestiones específicas, como la prestación de servicios sobre la tenencia (párr. 6.9), las inversiones basadas en la tierra (párr. 12.12) y las reformas redistributivas (párr. 15.4). A su vez, las Directrices hacen referencia a otros conceptos que están estrechamente relacionados con el estado de derecho y con las normas de la ética profesional, incluidas las disposiciones en materia de corrupción y conflictos de intereses (párr. 6.9).

Las Directrices encarnan un concepto de estado de derecho coincidente con la definición de las Naciones Unidas. En ellas se afirma que el estado de derecho exige que las leyes “se d[e]n a conocer ampliamente en los idiomas correspondientes, aplicables a todos y por igual y a través de un poder judicial independiente” y que sean “compatibles con las obligaciones vigentes impuestas por el derecho nacional e internacional, y teniendo en cuenta los compromisos voluntarios asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables” (párr. 3B.7).

En la misma línea de los elementos centrales de la definición de estado de derecho que ha adoptado la ONU, las Directrices incluyen disposiciones en lo que se refiere a las garantías de acceso a la justicia y a medios eficaces para la resolución de controversias (párrs. 3.1.4 y 4.9), a recursos procesales eficaces (párrs. 3.2, 4.9 y 14.2), la rendición de cuentas por incumplimiento de los derechos de tenencia (párr. 3B.9) y garantías para la participación de los titulares de derechos afectados (párrs. 4.10, 5.5, 7.3, 13.6 y 16.2). Varias disposiciones también hacen referencia a las garantías de la transparencia en las normas jurídicas y transacciones de tenencia (párrs. 11.3, 11.4 12.3 y 12.5).

La idea de que el estado de derecho exige el cumplimiento de las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos, rendición de cuentas ante la ley y procedimientos imparciales y transparentes implica que las disposiciones de las Directrices que encarnan estos principios podrían constituir un elemento esencial de la responsabilidad profesional que tienen los abogados de defender el estado de derecho.

Además, el deber de los abogados de evitar los conflictos de interés puede repercutir en la forma de aplicación de las Directrices. Por ejemplo, al efectuar consultas con comunidades afectadas en el contexto de proyectos de inversión propuestos (Secc. 12 de las Directrices), los abogados deben ejercer la diligencia debida a fin de evitar que se produzcan conflictos de interés que podrían ocurrir si inversionistas privados asumen los costos del asesor jurídico de las comunidades (véase el Capítulo 4).

Las Directrices instan a las asociaciones profesionales a “elaborar, divulgar y supervisar la aplicación de unas normas éticas de comportamiento de elevado perfil” e invitan a los profesionales en materia de tenencia a “cumplir las normas éticas aplicables”, estableciendo que “[e]n el caso de que las violasen, deberían ser sometidos a medidas disciplinarias” (párr. 6.8). Asimismo, instan a los profesionales a ejercer la diligencia debida en los asuntos relacionados con la tenencia (párr. 12.13). En el Capítulo 4 de la presente Guía se brinda orientación sobre enfoques específicos relativos a la diligencia debida, en especial para abogados que representan a agentes del sector privado.

Principales recomendaciones 2.2

- ✓ Los abogados, al considerar la aplicación de las Directrices, deberían reconocer que sus deberes de responsabilidad profesional muchas veces se superponen a las disposiciones de las Directrices y viceversa.
- ✓ En muchas jurisdicciones, los abogados tienen el deber de defender el estado de derecho. La definición de estado de derecho aprobada por las Naciones Unidas exige el cumplimiento de las normas y los principios internacionales de derechos humanos y el respeto de la igualdad, la justicia y la rendición de cuentas. De esta manera, el estado de derecho constituye la base de numerosas disposiciones de la Directrices. Por lo tanto, promover el cumplimiento de estas disposiciones podría constituir un elemento esencial de la responsabilidad profesional de los abogados.
- ✓ En algunas jurisdicciones, los abogados tienen la responsabilidad profesional de actuar de forma justa, honesta e íntegra, de evitar los conflictos de interés. Estas responsabilidades determinan las condiciones en las cuales numerosas disposiciones de las Directrices podrían aplicarse.
- ✓ A fin de garantizar que los abogados cumplan su deber profesional, en las Directrices se proporciona orientación sobre los contextos en los que los abogados deberían dar las debidas muestras de diligencia en lo se refiere a la gobernanza de la tenencia.

2.3 Legitimidad social y jurídica: entender los “derechos legítimos de tenencia”

2.3.1 Legitimidad social y jurídica

Las Directrices promueven la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. La “tenencia” es la manera en que individuos, familias, empresas o grupos poseen o se adueñan de la tierra, la pesca y los bosques. La tenencia puede abarcar diversos “paquetes de derechos”, por ejemplo, los derechos de ocupación, uso, desarrollo, disfrute y aprovechamiento de los beneficios que ofrecen los recursos naturales en cuestión; el derecho de restringir el acceso ajeno a estos recursos; o el derecho de administrar, vender o ceder los recursos.

Muchos abogados acostumbran a definir los derechos de tenencia en términos del derecho positivo, esto es, el derecho creado por las autoridades legisladoras pertinentes en el marco de la Constitución nacional. Las Directrices divergen de este enfoque al considerar de forma explícita como “legítimos” no solo los derechos de tenencia reconocidos en la legislación nacional, sino también aquellos derechos que, a pesar de no estar protegidos actualmente por la ley, socialmente tienen legitimidad en las sociedades locales (véanse los párrs. 4.4, 5.3 y 7.1 y el Cuadro 2.1).

Legitimidad jurídica (lícito por ley; con reconocimiento legal)	• Derechos de propiedad reconocidos por la ley, incluidos los derechos de individuos, familias y grupos, y derechos consuetudinarios con reconocimiento legal; • Derechos de uso con reconocimiento legal, incluidos los arrendamientos, la aparcería y los acuerdos de licencia; • Servidumbres.
Legitimidad social (lícito por aceptación social amplia, incluso sin reconocimiento legal)	• Derechos consuetudinarios e indígenas sobre recursos otorgados al Estado para su administración en beneficio de los ciudadanos; • Derechos consuetudinarios sobre terrenos del Estado, por ejemplo, comunidades forestales; • Asentamientos informales en tierras privadas y públicas donde el Estado ha aceptado que no se puede reubicar a las personas a otro lugar; • Ocupantes ilegales de tierras públicas y privadas que han cumplido casi todos los requisitos necesarios para adquirir el terreno por servidumbre de prescripción o prescripción adquisitiva. • Zonas de pesca tradicionales sin reconocimiento formal.

CUADRO 2.1
Tipos de derechos legítimos de tenencia

Fuente: adaptado de FAO, 2009d.

Reconocer y respetar todos los derechos legítimos de tenencia es el primero de varios “principios generales” de las Directrices, seguido por: salvaguardar los derechos legítimos de tenencia frente a acciones que puedan amenazarlos y ante infracciones; promover y facilitar el goce de los derechos legítimos de tenencia; y proporcionar acceso a la justicia para hacer frente a las violaciones de los derechos legítimos de tenencia (párr. 3A). También se hace referencia al reconocimiento, el respeto y la protección de los derechos legítimos de tenencia en muchas otras disposiciones de las Directrices (párrs. 4.4, 4.5, 5.3, 7.1, 8.2, 8.4, 8.7, 9.4, 9.5, 11.6,

12.4, 12.6, 12.10, 12.15, 14.1 y 16.1). Las Directrices prestan especial atención a los derechos legítimos de tenencia de los más vulnerables (párrs. 7.1 y 16.1) quienes, en determinados contextos, podrían ser los que se encuentran menos protegidos por las leyes nacionales.

El concepto de “derechos legítimos de tenencia” insta de manera implícita a los abogados a ampliar el abanico de derechos de tenencia al momento de analizar reclamaciones de tenencia. Dada la relevancia que las Directrices le otorgan a los derechos legítimos de tenencia y su enorme alcance en términos de sus implicaciones, en lo que queda de este capítulo se explicará en mayor detalle el significado de este concepto.

2.3.2 ¿Qué son los derechos legítimos de tenencia?

Las Directrices no contienen una definición de los derechos legítimos de tenencia. Más bien, en términos generales consideran legítimos todos los derechos de tenencia, sean estos estatutarios o consuetudinarios, formales o informales, e instan a los Estados a reconocer, documentar y respetar todos los derechos legítimos de tenencia en la legislación nacional y en sus políticas y prácticas. Las Directrices recomiendan a los Estados definir sus propios derechos legítimos y no discriminatorios de tenencia después de sistematizar todos los sistemas de gobernanza de la tenencia vigentes en su territorio. En el Recuadro 2.6 se indican las disposiciones que brindan orientación para poder determinar qué se considera por legítimo.

RECUADRO 2.6 Identificación de los derechos legítimos de tenencia según las Directrices

3A.1 “Los Estados deberían[...] [d]ar reconocimiento y respetar a todos los titulares legítimos y sus derechos de tenencia. Deberían adoptar medidas razonables para identificar, registrar y respetar a los titulares y sus derechos, ya sea que estos últimos hayan sido registrados oficialmente o no; abstenerse de vulnerar los derechos de tenencia de otros, y cumplir con los deberes que derivan de tales derechos”.

4.4 “A partir de un examen de los derechos de tenencia en consonancia con el derecho nacional, los Estados deberían otorgar un reconocimiento legal a aquellos derechos legítimos de tenencia que actualmente no estén protegidos por la ley. Las políticas y leyes que garanticen los derechos de tenencia no deberían ser discriminatorias y deberían reflejar una sensibilidad ante las cuestiones de género. En consonancia con los principios de consulta y participación de estas Directrices, los Estados deberían definir, a través de reglas ampliamente difundidas, qué categorías de derechos son las que se consideran legítimas. Todas las formas de tenencia deberían proporcionar a todas las personas un grado de seguridad en la tenencia que garantice la protección jurídica contra los desalojos forzosos contrarios a las obligaciones existentes de los Estados en el marco del derecho nacional e internacional, así como frente al acoso y otras amenazas”.

5.3 “Los Estados deberían garantizar que los marcos de políticas, jurídicos y organizativos para la gobernanza de la tenencia reconozcan y respeten, de conformidad con las leyes nacionales, los derechos legítimos de tenencia, en particular los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal, y facilitar, fomentar y proteger el ejercicio de los derechos de tenencia. Los marcos deberían reflejar la importancia social, cultural, económica y ambiental de la tierra, la pesca y los bosques. Los Estados deberían implantar unos marcos que no sean discriminatorios y que promuevan la equidad social y la igualdad de género. Los marcos deberían reflejar las interconexiones que existen entre la tierra, la pesca y los bosques y sus usos, y establecer un enfoque integrado para su administración”.

9.4 “Los Estados deberían proporcionar reconocimiento y protección adecuados a los derechos legítimos de tenencia de los pueblos indígenas y de otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia, en concordancia con sus obligaciones en el marco del derecho nacional e internacional y teniendo debidamente en cuenta sus compromisos voluntariamente asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables. En dicho reconocimiento se deberían tener en cuenta la tierra, las pesquerías y los bosques que una comunidad utiliza en exclusiva y aquellas que comparte, y deberían respetarse los principios generales de la gobernanza responsable. La información sobre el reconocimiento debería divulgarse en un lugar accesible, de una forma apropiada que sea comprensible y en los idiomas que procedan”.

La identificación de los derechos legítimos de tenencia conlleva varias dificultades. La tierra, la pesca y los bosques no son bienes que puedan ser transables sin más en el mercado. En muchas culturas y sociedades, son elementos fundamentales de la identidad, cultura, historia y espiritualidad de las personas y la comunidad, y constituyen la base de la seguridad alimentaria y los medios de vida. Por este motivo, los sistemas de tenencia suelen ser muy complejos y varían considerablemente según el terreno local, la cultura, el entorno y los modos de vida acostumbrados, incluso dentro del mismo país. Definir lo que son los derechos de tenencia socialmente legítimos puede ser un ejercicio extremadamente difícil al momento de ponerlos en práctica, ya que dentro de una determinada sociedad pueden y suelen existir visiones contrastantes respecto de lo que se considera legítimo.

Determinar qué derechos son efectivamente “legítimos” puede ser aún más complicado debido a la economía política nacional o local: las percepciones predominantes sobre los derechos legítimos de tenencia pueden estar influenciadas por las estructuras de poder y los intereses económicos de la sociedad en la que se enmarcan las reclamaciones sobre tenencia. Asimismo, pueden existir diversas definiciones, muchas que incluso se superponen, para el concepto de “sociedad” –desde una comunidad que aplica y respeta las reglas, normas y prácticas locales hasta el país en su conjunto–. Pueden haber discrepancias respecto de lo que se percibe como derechos legítimos de tenencia dependiendo de la situación local y nacional. A su vez, determinar qué derechos de tenencia son efectivamente “legítimos” en un determinado contexto depende de la percepción que tengan los grupos más poderosos al respecto y las decisiones políticas que tomen en relación al tema.

Además de las orientaciones sobre procedimientos que ofrecen las Directrices para identificar los derechos legítimos de tenencia (Recuadro 2.6), se puede profundizar más en ciertos puntos sobre los tipos de derechos de tenencia que se pueden considerar legítimos de acuerdo a las disposiciones sustantivas de las Directrices.

2.3.3 Los derechos consuetudinarios e indígenas son derechos legítimos de tenencia

Más de 2 000 millones de personas alrededor del mundo acceden a recursos a través de regímenes consuetudinarios de tenencia (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional [USAID], 2011b). Se calcula que el 90% de las tierras de África están sujetas a regímenes consuetudinarios de tenencia, y casi el 90% de los 40 millones de indígenas que se estima viven en América Latina poseen tierras en el marco de sistemas consuetudinarios de tenencia (Colchester *et al.*, 2001). También se aplican sistemas consuetudinarios de tenencia en zonas de Europa occidental, por ejemplo, en tierras de bienes comunales rurales de España, Portugal, Italia y Suiza. Las minorías indígenas de Europa, América del Norte y Oceanía también gobiernan sus tierras, pesquerías y bosques según la tradición (Alden Wily, 2012). Las normas de tenencia que aplican los diferentes países o comunidades pueden tener características diferentes, sin embargo, el fenómeno de la tenencia consuetudinaria es común a múltiples y diferentes sistemas jurídicos.

En muchos contextos, las comunidades se rigen principalmente por paradigmas consuetudinarios locales a la hora de administrar, gestionar y negociar sus derechos de tenencia. En zonas donde no existe administración estatal ni infraestructura o no se puede acceder a ellas, se suele recurrir a sistemas consuetudinarios de tenencia que permiten hacer valer los derechos y resolver conflictos relacionados con la tenencia.

RECUADRO 2.7
Protección de los derechos de tenencia
de carácter consuetudinario e indígena
en las Directrices: disposiciones
específicas

9.5 “Allí donde los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia posean derechos legítimos de tenencia a las tierras ancestrales en las que vivan, los Estados deberían reconocer y proteger tales derechos. Los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia no deberían sufrir desalojos forzosos de tales tierras ancestrales”.

9.6 “Los Estados deberían considerar la adaptación de sus marcos de políticas, jurídicos y organizativos para reconocer los sistemas de tenencia de los pueblos indígenas y de otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia. Si las reformas constitucionales o jurídicas reforzasen los derechos de las mujeres y las pusiesen en situación de conflicto con las costumbres, todas las partes deberían cooperar para que estos cambios sean incorporados en los sistemas consuetudinarios de tenencia”.

9.7 “Al elaborar las políticas y leyes sobre la tenencia, los Estados deberían tomar en consideración los valores sociales, culturales, espirituales, económicos y medioambientales de la tierra, la pesca y los bosques sujetos a sistemas de tenencia de los pueblos indígenas y de otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia. Todos los miembros de las comunidades interesadas o sus representantes, incluidas las personas vulnerables y marginadas, deberían poder participar de manera plena y efectiva en la elaboración de las políticas y leyes relacionadas con los sistemas de tenencia de los pueblos indígenas y de otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia”.

9.8 “Los Estados deberían proteger a los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia contra el uso no autorizado de sus tierras, pesquerías y bosques por parte de terceros. Si la comunidad no se opusiera a ello, los Estados deberían prestar su colaboración para documentar y divulgar la información sobre la naturaleza y localización de la tierra, las pesquerías y los bosques que la comunidad utiliza y controla. Cuando los derechos de tenencia de los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia se documenten oficialmente, tales derechos deberían registrarse junto a los demás derechos de tenencia públicos, privados y comunales con el objeto de evitar reclamaciones conflictivas”.

9.11 “Los Estados deberían respetar y promover los enfoques consuetudinarios utilizados por los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia para la resolución de conflictos de tenencia en las comunidades de conformidad con sus obligaciones existentes en virtud del derecho nacional e internacional y teniendo en debida consideración los compromisos voluntarios asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables. Cuando la tierra, la pesca y los bosques son utilizados por más de una comunidad, se deberían reforzar o crear instrumentos destinados a la resolución de los conflictos entre comunidades”.

La tenencia consuetudinaria puede definirse como las prácticas, instituciones y normas locales que se aplican a la tierra, la pesca y los bosques y que, a lo largo del tiempo y gracias a su uso repetido, han adquirido legitimidad social y terminan formando parte del tejido social. Las normas consuetudinarias no suelen estar plasmadas en papel, sin embargo, son ampliamente aceptadas por la sociedad y pueden dictar, en términos generales, el actuar de la población local.

La enorme diversidad de sistemas consuetudinarios de tenencia es simplemente un reflejo de la diversidad de ecosistemas, economías, culturas y relaciones sociales que existen. Sin embargo, estos sistemas tienden a integrar los derechos de tenencia a las relaciones sociales y poner el énfasis en derechos colectivos, otorgando derechos de tenencia a una multiplicidad de unidades sociales que muchas veces se superponen y están, por ende, “anidadas” (derechos individuales dentro de hogares, hogares dentro de redes de parentesco, redes de parentesco dentro de “comunidades” más amplias; véanse los comentarios de Cousins, 2007, sobre la dirección que han tomado en África subsahariana). Los sistemas consuetudinarios de tenencia pueden estar asociados a sistemas indígenas de rotación de cultivos (por ej., USAID, 2011a, sobre Camboya; y USAID, 2013, sobre las tierras altas de Myanmar), y también al uso de recursos de pastoreo, bosques comunales y sitios sagrados o de sepultura (véase Alden Wily, 2005). Los regímenes consuetudinarios de tenencia también pueden apoyar los sistemas de cultivo altamente intensificados, como los que se utilizan en algunas zonas de Ghana.

Las Directrices afirman de manera explícita que los derechos consuetudinarios de tenencia pueden constituir derechos legítimos e instan a los Estados a reconocer y respetar “los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal” (párr. 5.3). También brindan orientación para poder reconocer los derechos consuetudinarios de tenencia (véase el Recuadro 2.7).

El reconocimiento de la legitimidad de los derechos consuetudinarios de tenencia es importante tanto para la pesca como para la tierra y los bosques. Algunos países han promulgado leyes que protegen los derechos de pesca consuetudinarios (véase el Recuadro 2.8).

La Ley de Pesca que se promulgó en Fiji en 1941 (con sus enmiendas) protege los derechos de pesca de los usuarios tradicionales del país. Por ejemplo, pese a que la disposición 11 de la Normativa pesquera de 1965 (con sus enmiendas), prevista en la Ley de Pesca, prohíbe la pesca en “zonas restringidas”, esta restricción no se aplica a la pesca con red de mano, sacadera, arpón o anzuelo. La normativa en materia de pesca también excluye determinadas actividades de subsistencia en las que se ejercen los derechos tradicionales de pesca (disposición 28).

En el artículo 13 de la Ley de Pesca se prohíbe la pesca sin licencia en zonas de pesca donde se aplican los derechos que la Comisión de Pesca y Tierras Nativas ha inscrito en el Registro de Derechos Consuetudinarios de Pesca Nativa, quedando excluidos de dicha prohibición los integrantes de pueblos originarios reconocidos como titulares de derechos. No se requiere autorización para la pesca de subsistencia con anzuelo, arpón o trampa portátil que pueda manejar una sola persona. Los permisos se conceden tras consultar con los titulares de los derechos que pueden resultar afectados.

RECUADRO 2.8

Zonas de pesca restringida y derechos consuetudinarios en Fiji

2.3.4 Los derechos de propiedad común, de uso y de tenencia, así como los derechos compartidos y superpuestos son derechos legítimos de tenencias

Tanto en los sistemas consuetudinarios como estatutarios de tenencia, el uso de un recurso puede regirse por varios derechos coetáneos. Por ejemplo, la misma parcela podría estar sujeta a múltiples derechos, entre ellos: el derecho de uso de la tierra para fines de pastoreo o agrícolas, posiblemente en distintas estaciones; el derecho de uso de árboles o de recolección de leña en el bosque; el derecho de travesía por tierra o agua; o el derecho de travesía con ganado para obtener agua de un río. Bajo ciertas circunstancias y en momentos específicos, un determinado terreno puede destinarse a múltiples usos de recursos (pastoreo, agricultura y pesca) y usuarios (agricultores, pastores, ganaderos), que pueden sucederse uno tras otro a lo largo de varias estaciones (Cotula, 2007; FAO, 2015a).

A los efectos de las Directrices, los derechos de tenencia sobre recursos de propiedad común (por ejemplo, pastizales, estanques piscícolas o bosques tradicionales), los derechos de acceso y uso de carácter estacional o temporal y los derechos de arrendamiento y aparcería pueden ser derechos legítimos de tenencia (párrs. 7.1, 8.7, 8.8, 9.4, 10.3 y 20.3; véase también FAO, 2015a). A menudo los titulares de estos derechos son los grupos más pobres y vulnerables y, como se ha indicado anteriormente, las Directrices ponen énfasis en los derechos de tenencia de estos grupos.

Aunque pueden existir diferencias en términos de la especificidad de las normas de tenencia que aplica cada país o comunidad, el fenómeno de la tenencia consuetudinaria es común a múltiples y diversos sistemas jurídicos. Por ejemplo, en el párrafo 10.3 de las Directrices se estipula lo siguiente: “Siempre que los Estados reconozcan legalmente la tenencia informal, deberían hacerlo a través de procesos participativos, teniendo en cuenta la perspectiva de género y con especial consideración para los arrendatarios. Los Estados deberían prestar una atención especial a este respecto a los agricultores y a los productores de alimentos en pequeña escala”. Algunos países han promulgado leyes de protección de los derechos de tenencia de arrendatarios (véase el Recuadro 2.9).

RECUADRO 2.9 Derechos de los arrendatarios en Nepal y Sierra Leona

Fuentes: Suresh, 2011
y el informe *CSO land reform
monitoring report 2013/2014*
de Community Self-Reliance
Centre (CSRC).

Fuente: FAO, 2006a.

Se calcula que el 5% de la población de Nepal posee el 37% de la tierra cultivable y que el 52,7% de los agricultores que no tienen tierras trabajan como trabajadores en condiciones de servidumbre o como aparceros en las tierras de los principales terratenientes. A pesar de que varias generaciones han vivido y trabajado en esas tierras, no existe seguridad en términos de sus derechos de tenencia. Entre el 20 y el 25% del terreno no se explota debido al temor de los terratenientes de que la tenencia de dichas tierras sea objeto de reclamación por parte de familias sin tierras.

El gobierno ha definido como prioritario aplicar políticas de recuperación de tierras no explotadas, poniendo fin al sistema de propiedad feudal de la tierra y garantizando la participación de los sin tierra en la formulación de políticas agrarias. Por ejemplo, cada año el gobierno entrega títulos de dominio a un centenar de familias sin tierras. Sin embargo, el terreno entregado suele ser pequeño, con tierra de muy mala calidad, y muy mal ubicado, por lo que muchas de estas familias al poco tiempo lo venden.

En Sierra Leona existe un sistema complejo de familias latifundistas (aquellas que llegaron primero a un territorio y talaron el bosque para crear un asentamiento) y “extranjeros” (migrantes que no nacieron en la zona) que ha profundizado la pobreza rural y la inseguridad alimentaria. En teoría, los “extranjeros” deben “suplicar” (solicitar) al jefe local o a una familia propietaria que les proporcione un terreno a “préstamo” de conformidad con los principios tradicionales, normalmente a cambio de un alquiler anual convenido. Sin embargo, la inseguridad de las familias propietarias con respecto a la tenencia las hace sumamente reticentes a asignar tierras a otras personas de forma segura, por temor a que los arrendatarios a futuro reclamen la propiedad de dichas tierras alquiladas.

En consecuencia, los propietarios prohíben a los arrendatarios “extranjeros” plantar árboles, regar los terrenos o realizar otras obras permanentes o semipermanentes en sus tierras. También pueden limitar el contrato de arrendamiento a un año, tras el cual los arrendatarios “extranjeros” deben volver a “suplicar” para utilizar el terreno. Además, el temor que les provoca la incertidumbre respecto de la tenencia impulsa a las familias a utilizar la excusa de la “ofensa” o el “mal comportamiento” de forma caprichosa a objeto de desalojar al arrendatario y exigir la devolución del terreno.

2.3.5 Los derechos de la mujer son derechos legítimos de tenencia

En muchos contextos culturales, los derechos de tenencia de la mujer podrían estar sujetos a su relación con los hombres de la familia: en los sistemas patrilineales, las esposas deben trasladarse a las tierras de la familia de su esposo, por ende, sus padres no les asignan tierras. Asimismo, las esposas por lo general no pueden heredar las tierras de su cónyuge, ya que por tradición se considera que pertenecen a la familia, el clan o la tribu del esposo y, en consecuencia, se heredan siguiendo la línea genealógica de padres a hijos (Giovarelli, 2006). También en los sistemas matrilineales, los derechos de tenencia de la mujer dependen de su relación con los hombres ya que la herencia de la tierra pasa de tíos a hermanos siguiendo la línea femenina.

A pesar de que muchas mujeres rurales gozan de derechos de acceso y uso de la tierra, por lo general ejercen menos control sobre ella que los hombres. Desde el punto de vista práctico, muchas mujeres se encuentran en condiciones de inseguridad y precariedad debido a esta falta de control: las mujeres que solo tienen acceso condicionado a la tierra pueden perderlo si fallecen sus esposos o si los hombres de su familia deciden unilateralmente venderla (Budlender y Alma, 2011). Debido a la existencia de estas normas de matrimonio y herencia tan arraigadas en la cultura, las desigualdades de género en las relaciones tenencia pueden perpetuarse de una generación a otra (Guyer, 1987).

Las Directrices abordan de forma directa las desigualdades de género (véase FAO, 2013a). Por ejemplo, en el párrafo 3B.4 se establece que la igualdad de género es uno de los principios de aplicación cuyo mandato es “garantizar la igualdad del derecho de mujeres y

hombres al disfrute de los derechos humanos, al tiempo que se reconocen las diferencias entre hombres y mujeres y se toman medidas específicas encaminadas a acelerar la igualdad de hecho, cuando sea necesario. Los Estados deberían asegurar que las mujeres y las niñas tengan los mismos derechos de tenencia y acceso a la tierra, la pesca y los bosques con independencia de su estado civil y situación marital”.

En lo que respecta a los derechos de tenencia de la mujer, se podría producir un conflicto entre los distintos orígenes de la legitimidad: si, por un lado, se debe determinar la legitimidad basándose en la aceptabilidad y procesos sociales, estos mismos procesos y normas sociales podrían no reconocer la igualdad de género en el contexto de la tierra. Por ende, en la práctica, determinar cuáles son los derechos legítimos de tenencia, respetando al mismo tiempo los principios de no discriminación, podría plantear grandes dilemas. Las Directrices reconocen el desafío que esto implica y afirman en su párrafo 9.6 que “[s]i las reformas constitucionales o jurídicas reforzasen los derechos de las mujeres y las pusiesen en situación de conflicto con las costumbres, todas las partes deberían cooperar para que estos cambios sean incorporados en los sistemas consuetudinarios de tenencia”. En su párrafo 9.2 las Directrices exhortan a los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas de tenencia consuetudinarios que ejercen la autogobernanza de las tierras, la pesca y los bosques a promover y proporcionar derechos equitativos, seguros y sostenibles sobre estos recursos, y velar especialmente porque a las mujeres se les proporcione un acceso equitativo a tales derechos.

Principales recomendaciones 2.3

- ✓ Entender que la tierra, la pesca y los bosques no son simplemente bienes que se pueden comerciar en el mercado; son el elemento central de la identidad, la cultura, la historia y la espiritualidad de las personas y la comunidad, así como la base de la seguridad alimentaria y los medios de vida.
- ✓ Tener presente que, en términos generales, las Directrices consideran legítimos todos los derechos de tenencia, sean estos estatutarios o consuetudinarios, formales o informales, e instan a los Estados a reconocer, documentar y respetar todos los derechos legítimos de tenencia en la legislación nacional, las políticas públicas y la práctica.
- ✓ Tener en cuenta que las Directrices reconocen la legitimidad de diversos derechos de tenencia: no son legítimos únicamente los derechos reconocidos oficialmente por las leyes del país, sino también los que las sociedades locales consideran socialmente legítimos.
- ✓ Recordar que los derechos consuetudinarios e indígenas, los derechos de propiedad común, los derechos de uso, los derechos de tenencia, los derechos compartidos y concurrentes, y los derechos de la mujer son derechos legítimos de tenencia.

3

**Uso de las Directrices
para legislar**

3. Uso de las Directrices para legislar

En este capítulo se analiza cómo evaluar la legislación nacional a la luz de las Directrices y cómo redactar o enmendar leyes que fomenten la gobernanza responsable de la tenencia. Se proporciona orientación tanto para el proceso legislativo como para el contenido de la propia ley. En la primera sección se describe cómo realizar una evaluación jurídica de la legislación nacional a objeto de poder determinar cómo alinear mejor las leyes con las Directrices y asegurar la uniformidad y coherencia con el marco jurídico global. A continuación, se presentan varias estrategias orientadas a garantizar que los procesos de elaboración de leyes nacionales sean integrales y participativos. En la sección final se ofrecen ejemplos de legislación ya existente que ha representado un avance en la aplicación de determinados aspectos de las Directrices, incluidos, entre otros, el reconocimiento de los derechos consuetudinarios de tenencia; la restitución y redistribución de la tenencia; la transparencia, la consulta y el CLPI; las evaluaciones de impacto ambiental y social; y la expropiación y compensación.

3.1 Evaluación de la legislación nacional en función de las Directrices

3.1.1 ¿Por qué realizar una evaluación de la legislación nacional?

La evaluación jurídica es un análisis de la legislación nacional en la que se emplean las Directrices como punto de referencia. La evaluación del marco jurídico de un país en función de las Directrices supone un avance importante hacia su aplicación y permite a las partes interesadas determinar las fortalezas, debilidades, falencias y desafíos que plantean los marcos jurídicos vigentes (véase el Recuadro 3.1). Una vez realizada esta evaluación, los legisladores podrán formular leyes nuevas o enmendar las ya existentes para resguardar la coherencia con los principios de las Directrices.

Las evaluaciones de las leyes nacionales son un componente central para la aplicación efectiva de las Directrices. Por ejemplo, la evaluación crítica de las leyes nacionales en función de las Directrices puede ayudar a:

- los profesionales del área jurídica que trabajan para el Estado o colaboran en sus esfuerzos por definir estrategias o reformas jurídicas que permitan garantizar la efectiva aplicación de las leyes vigentes;
- las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal en sus esfuerzos por identificar las distintas opciones de promoción que existen a objeto de asegurar mayor

seguridad en términos de la tenencia y promover la aplicación efectiva, transparente y equitativa de las garantías legales vigentes en materia de derechos de tenencia;

- los abogados comerciales en sus esfuerzos por cumplir las normas de diligencia debida al representar a sus clientes en transacciones con el gobierno, los titulares de derechos legítimos de tenencia y todos los actores involucrados pertinentes.

RECUADRO 3.1
Directrices para
la realización de
evaluaciones

Además de potenciar la coherencia entre las Directrices y las disposiciones sustantivas de la legislación nacional, las evaluaciones de las leyes pueden contribuir a perfeccionar los marcos jurídicos. Por ejemplo, permitirían determinar qué leyes son obsoletas, ambiguas, complicadas o incoherentes. La ambigüedad de la ley podría llevar a ciertos actores a aprovecharse de las

5.1 “Los Estados deberían crear y mantener unos marcos de políticas, jurídicos y organizativos que promuevan la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques. Dichos marcos dependen y se asientan en las reformas más amplias que se lleven a cabo en el sistema jurídico, el servicio público y las autoridades judiciales”.

5.2 “Los Estados deberían garantizar que los marcos de políticas, jurídicos y organizativos para la gobernanza de la tenencia se ajustan a sus obligaciones existentes en virtud del derecho nacional e internacional, y teniendo en debida consideración los compromisos voluntarios asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables”.

5.3 “Los Estados deberían garantizar que los marcos de políticas, jurídicos y organizativos para la gobernanza de la tenencia reconozcan y respeten, de conformidad con las leyes nacionales, los derechos legítimos de tenencia, en particular los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal, y facilitar, fomentar y proteger el ejercicio de los derechos de tenencia. Los marcos deberían reflejar la importancia social, cultural, económica y ambiental de la tierra, la pesca y los bosques. Los Estados deberían implantar unos marcos que no sean discriminatorios y que promuevan la equidad social y la igualdad de género. Los marcos deberían reflejar las interconexiones que existen entre la tierra, la pesca y los bosques y sus usos, y establecer un enfoque integrado para su administración”.

circunstancias y crear situaciones de conflictos de interés o corrupción, o a la marginación de ciertos grupos sociales. Las evaluaciones también permitirían determinar qué aspectos del marco jurídico no se están implementando correctamente, entender los problemas que su implementación podría acarrear, y crear las condiciones necesarias para llevar a cabo las reformas administrativas y legislativas correspondientes. Además, facilitar la identificación y superación de estas debilidades, podría contribuir a mejorar la gobernanza de la tenencia en términos generales.

Los abogados que asesoran a empresas deberían realizar evaluaciones jurídicas más focalizadas como parte del proceso de diligencia debida. Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (véase el Recuadro 2.2) estipulan que las empresas comerciales deberían proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos, lo cual debería incluir “una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas” (ACNUDH, 2011; véase también De Schutter *et al.*, 2012). Las Directrices hacen hincapié en los vínculos que existen entre los derechos de tenencia y los derechos humanos (por ejemplo, en su párr. 3.2) y las evaluaciones en función de las Directrices pueden detectar ámbitos en los que los derechos humanos podrían verse afectados, así como

otros asuntos relacionados con la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques.

3.1.2 ¿Qué leyes deberían evaluarse?

El abanico de leyes relevantes para la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques es muy amplio y trasciende con creces la legislación que regula estos recursos. Las leyes nacionales típicamente constan de diversos instrumentos jurídicos. La mayoría de los países cuentan con una Constitución escrita y han promulgado legislación “primaria” y “secundaria”. Una Constitución establece

principios básicos y los derechos fundamentales que todas las leyes (primarias y secundarias) deben respetar. Por lo general, el poder Legislativo promulga la legislación “primaria” (leyes y decretos), mientras que el poder Ejecutivo, a través de sus instituciones gubernamentales, suelen ser las llamadas a aprobar la legislación “secundaria”, por ejemplo, la normativa que permite aplicar las leyes primarias. La legislación secundaria debe dar cumplimiento no solo a la Constitución sino también a la legislación primaria. Los organismos de gobierno también pueden elaborar circulares, manuales y otros documentos internos para orientar a sus funcionarios respecto de cómo interpretar y aplicar la legislación primaria y secundaria (FAO, 2013a). Dependiendo de la jurisdicción, los fallos judiciales también pueden crear jurisprudencia o hacer una interpretación autorizada de una ley.

La batería completa de instrumentos jurídicos de esta jerarquía debe ser tomada en consideración durante la evaluación, y algunos tipos de instrumentos jurídicos podrían proporcionar una base jurídica de protección más sólida que otros. Lo ideal es poder contar con disposiciones constitucionales de protección de los derechos legítimos de tenencia debido a que, a diferencia de aquellas que se fundamentan en la legislación ordinaria, es más difícil derogarlas, ya que existe una amplia gama de instrumentos jurídicos que también permiten proteger estos derechos. Por ejemplo, las leyes de sucesión o la legislación sobre la familia ayudan a proteger los derechos de la mujer sobre la tierra. La protección que ofrece la legislación secundaria resulta más fácil de revocar y, por ende, suele considerarse menos segura que la protección consolidada en la Constitución o la legislación primaria. Al realizar la evaluación de las leyes, se debería tomar en consideración toda legislación potencialmente pertinente.

RECUADRO 3.2

Principios generales de las Directrices

3.1 Los Estados deberían:

“1. Dar reconocimiento y respetar a todos los titulares legítimos y sus derechos de tenencia. Deberían adoptar medidas razonables para identificar, registrar y respetar a los titulares y sus derechos, ya sea que estos últimos hayan sido registrados oficialmente o no; abstenerse de vulnerar los derechos de tenencia de otros, y cumplir con los deberes que derivan de tales derechos.

2. Salvaguardar los derechos legítimos de tenencia frente a las acciones que puedan amenazarlos y ante las infracciones. Deberían proteger a los titulares de derechos de tenencia frente a la pérdida arbitraria de los derechos, en particular ante los desalojos forzados que sean contrarios a sus obligaciones existentes en el marco del derecho nacional e internacional.

3. Promover y facilitar el goce de los derechos legítimos de tenencia. Deberían llevar a cabo acciones concretas destinadas a fomentar y facilitar la plena realización de los derechos de tenencia o las transacciones de derechos; por ejemplo, asegurando que los servicios sean accesibles a todos.

4. Proporcionar acceso a la justicia para hacer frente a las violaciones de los derechos legítimos de tenencia. Deberían proporcionar a todos, mediante el recurso a las autoridades judiciales o a otros instrumentos, una vía eficaz y accesible para la resolución de los conflictos sobre los derechos de tenencia, y poner en ejecución las resoluciones en plazos breves y a costos asequibles. Los Estados deberían proporcionar una reparación rápida y justa cuando los derechos de tenencia se expropian por motivos de utilidad pública.

5. Prevenir las disputas relacionadas con la tenencia, los conflictos violentos y la corrupción. Deberían tomar medidas activas para evitar que surjan disputas por la tenencia y deriven en conflictos violentos. Deberían tratar de impedir la corrupción en todas sus formas, en todos los niveles y en todos los ámbitos”.

3.1.3 ¿Cómo se realiza una evaluación?

Las Directrices sirven de base para la evaluación de la legislación en materia de gobernanza de la tenencia. Estas evaluaciones sirven de insumo para que el Estado pueda poner en marcha los elementos centrales de las Directrices. La metodología empleada dependerá de quién realice la evaluación (por ej., profesionales del área jurídica que trabajan para o colaboran con el Estado, organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal o abogados comerciales. Aquí nos centraremos exclusivamente en las evaluaciones realizadas por profesionales del área jurídica que trabajan para o colaboran con el Estado. Sin embargo, existen puntos en común entre todos estos enfoques y contextos, y también se analizarán brevemente las evaluaciones jurídicas encabezadas por las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal o abogados comerciales. En términos generales, existen dos formas de evaluar si las leyes nacionales se adhieren a las Directrices:

- **Evaluar la concordancia de la legislación nacional pertinente con los principios generales (párr. 3A) (véase el Recuadro 3.2) y los principios de aplicación (párr. 3B) de las Directrices.** Estos principios, a pesar de su carácter genérico, han sido objeto de un extenso trabajo normativo con el apoyo de organismos internacionales de desarrollo que promueven la gobernanza responsable. Realizar evaluaciones basadas en estos principios normativos permite identificar las falencias de los marcos jurídicos nacionales y los desafíos que esta plantean en términos generales, así como las ventajas y oportunidades que ofrecen y podrían aprovecharse. A continuación, se pueden seleccionar indicadores específicos de distintas secciones de las Directrices y utilizarlos como contenido complementario de los principios.
- **Evaluar la concordancia con cada una de las disposiciones de las Directrices.** Es importante evaluar si se adhieren a los principios generales de las Directrices, sin embargo, si lo que se busca es llevar a cabo una evaluación completa y rigurosa, los actores involucrados también deberían determinar el grado de concordancia de las leyes nacionales con las disposiciones sustantivas en materia de tenencia contenidas en las Directrices. Un ejemplo de este enfoque es el trabajo que desarrolla una coalición de ONG en Filipinas (véase el Recuadro 3.3).

Estos dos enfoques pueden ser complementarios. Por ejemplo, si las Directrices no entregan detalles, los principios generales y los principios de aplicación pueden ofrecer alguna orientación. Además, se pueden realizar evaluaciones tanto globales como específicas. Las evaluaciones globales permiten determinar el grado de adhesión del sistema jurídico nacional en su conjunto. También permitiría identificar los asuntos prioritarios que deberán ser analizados y las reformas necesarias. Las evaluaciones específicas se centran en aspectos concretos del marco jurídico, por ejemplo, aspectos sectoriales (tierra, pesca, actividades forestales) o temáticos (registro de tierras, los derechos de la mujer sobre la tierra, la expropiación o las inversiones en terrenos, entre otros).

Las evaluaciones específicas pueden resultar útiles cuando los actores involucrados ya han establecido qué problemas urge solucionar para poder seguir avanzando. A diferencia de las evaluaciones globales, que tendrían que abarcar un amplio espectro de temas, las evaluaciones específicas permiten llevar a cabo un análisis más pormenorizado y sacar recomendaciones concretas. Además, las evaluaciones generales suelen ser más costosas y requerir más tiempo, por lo que, en muchos contextos, sería más factible realizar evaluaciones específicas. Tener claro el objetivo específico de la evaluación permite alinear la metodología con las estrategias de participación de los actores involucrados.

RECUADRO 3.3 Evaluación de la gobernanza de la tenencia en Filipinas

Fuente: Quizon
y Pagsanghan, 2014.

En 2014, una coalición de ONG en Filipinas llevó a cabo una evaluación de la legislación nacional en materia de gobernanza de la tenencia en función de las Directrices. Se examinó la Constitución, la Ley de 1997 de los Derechos de los Pueblos Indígenas (*Indigenous Peoples Rights Act of 1997*), el Código de Pesca de 1998 (*The Philippine Fisheries Code of 1998*) y el Programa de Reforma Agraria Integral de 1988 (*Comprehensive Agrarian Reform Program*). También se examinó la legislación en materia de uso y ordenación de recursos naturales, así como las leyes relacionadas con la adaptación al cambio climático y su mitigación.

La evaluación partió con una esquematización de las formas en que cada ley cumple, contraviene o prescinde de los principios de aplicación de las Directrices. Luego se examinaron las diferencias filosóficas y operativas entre cada una de las leyes y con las Directrices, y se identificaron los puntos de convergencia y divergencia. Los resultados fueron revisados en una reunión de expertos, en tres consultas regionales y una consulta nacional: las conclusiones de estos encuentros se incorporaron al informe final. La evaluación proporciona una base sólida de aproximación a las enmiendas necesarias en la legislación en materia de tenencia.

Para ser efectivas, las evaluaciones deben ser integrales y exhaustivas, lo que implicaría una considerable inversión en términos de tiempo y recursos. Como punto positivo, existen una importante base de experiencias disponible, que incluye proyectos piloto diseñados para probar metodologías de evaluación jurídica como la herramienta de evaluación jurídica (LAT, por su

sigla en inglés) de la FAO (antes denominada herramienta de evaluación de la legislación) para la tenencia de la tierra equitativa en cuanto a género y otras herramientas de evaluación jurídica (véase el Recuadro 3.4). El Marco de Evaluación de la Gestión de Gobierno de la Tierra (LGAF, por su sigla en inglés) del Banco Mundial, que incluye un componente jurídico (Banco Mundial, sin fecha), representa otro ejemplo de herramienta de evaluación que se puede utilizar para establecer la concordancia con las Directrices. Un estudio de la FAO sugiere que dicho marco abarca muchos de los principales elementos de las Directrices, por lo que podría constituir una herramienta útil para evaluar la gobernanza de la tierra y los bosques y, en cierta medida, la concordancia con las Directrices (Tonchovska y Egiashvili, 2014). No obstante, conviene destacar que el LGAF sigue sus propios procesos y propósitos y es anterior a las Directrices.

Sierra Leona fue uno de los primeros países en asumir el compromiso de aplicar las Directrices y forma parte de la Alianza tripartita del G7 —con Alemania y la FAO— para asuntos de tierras, para apoyar la implementación de las Directrices.

La FAO junto a un equipo de abogados nacionales e internacionales realizaron una evaluación exhaustiva de los marcos jurídicos relacionados con la tierra, la pesca y los bosques en Sierra Leona en la que se usaron las Directrices como marco de referencia. La evaluación se basó en la herramienta de evaluación jurídica (LAT, por su sigla en inglés) para la tenencia de la tierra con perspectiva de género desarrollada por la FAO (Kenney y Dela O Campos, 2014), así como en indicadores sobre tierra, pesca y bosques elaborados por el equipo de conformidad con los principios de las Directrices (párr. 3A) y en una serie de disposiciones sustantivas seleccionadas en función del contexto nacional. En la evaluación de la pesca se utilizaron además otros indicadores extraídos de las Directrices PPE.

La metodología de evaluación consistió en completar matrices de indicadores para establecer si estos se ven o no reflejados en los marcos jurídicos y normativos del país, calificando el grado de desarrollo (elaborando una lista de proyectos de ley y políticas, así como de leyes vigentes y la normativa complementaria) y formulando las recomendaciones correspondientes. A continuación se redactaron informes de evaluación analítica, que se sometieron al análisis de diferentes expertos en talleres de validación que se llevaron a cabo para cada informe sectorial. El Grupo de trabajo técnico y el Comité Directivo de la plataforma nacional multisectorial para la aplicación de las Directrices en Sierra Leona participaron activamente en el proceso. Los informes finales se enviaron a los ministerios competentes con representación en el Grupo de trabajo interministerial para la aplicación de las Directrices y se presentaron a los participantes en la segunda reunión de la plataforma, celebrada en Freetown los días 28 y 29 de septiembre de 2015.

La herramienta de evaluación jurídica para la tenencia de la tierra equitativa con perspectiva de género y los informes de evaluación de Sierra Leona han sido publicados por la Oficina Jurídica de la FAO (véase FAO, 2016 y FAO, 2015a, b, c y d).

RECUADRO 3.4 Experiencia piloto de evaluación integral de la legislación y las políticas públicas en Sierra Leona

Fuente: FAO, 2016 y 2015 a, b, c y d.

Al realizar evaluaciones para un determinado país o sector, se debería considerar la conveniencia de utilizar instrumentos jurídicos sectoriales que abordan el tema específico de la tenencia o que pueden tener alguna injerencia en ella. Por ejemplo, para evaluar el marco jurídico de la pesca, se deberían utilizar las Directrices PPE (analizadas en el Capítulo 2) en combinación con las Directrices, ya que proporcionan referencias contextuales específicas que las Directrices abordan solo de manera general. Para llevar a cabo una evaluación completa de la legislación nacional sobre la tenencia de la pesca, también se deberían tener en cuenta los tratados pertinentes relacionados con la ordenación de los recursos pesqueros ratificados por el Estado.

En el contexto de la reforma legislativa, puede resultar muy útil evaluar las leyes o los proyectos de ley de forma individual comparándolas con las secciones correspondientes de las Directrices. Este enfoque se ha aplicado, por ejemplo, en la evaluación de la Ley Nacional para el Uso y la Ordenación de la Tierra (*National Land Use and Management Bill*) de Filipinas (Lopez y Demaisip, 2014) y en Sierra Leona, cuyo proyecto de política nacional sobre la tierra fue comentado por la FAO en 2015.

3.1.4 ¿Quién debería participar en la evaluación?

Para asegurar el máximo provecho de las evaluaciones, se debe hacer un esfuerzo por generar un sentido de pertenencia nacional de sus resultados. Al realizar una evaluación jurídica, las autoridades públicas deberían haber respetado el rol protagónico de los profesionales nacionales en el proceso e incluir representantes de todos actores involucrados. Dependiendo del contexto, podrán participar organismos gubernamentales, ONG, organizaciones de productores rurales, asociaciones de pueblos indígenas y comunidades rurales, abogados comerciales, miembros de la comunidad académica, expertos y ciudadanos interesados en el tema. Las autoridades públicas también deberían hacer un esfuerzo especial por incentivar la participación de mujeres, jóvenes, ancianos, grupos minoritarios y comunidades marginadas. Estos grupos podrían aportar sus opiniones respecto de cómo se podrían afianzar las leyes nacionales a fin de garantizar la protección de los derechos legítimos de tenencia de todos.

Incentivar la participación de la ciudadanía en las evaluaciones que realiza el Estado contribuirá a que tanto el análisis como todos los cambios que generen en el marco jurídico nacional reconozcan, protejan y respeten con mayor rigor y efectividad los derechos legítimos de tenencia. Es preciso determinar qué derechos de tenencia se consideran legítimos en una sociedad determinada antes de evaluar si la legislación nacional se adhiere a las Directrices, y para esto es necesario el compromiso y participación de las organizaciones que representan los intereses de los titulares de derechos de tenencia.

3.1.5 ¿Cómo utilizar los resultados de una evaluación?

Una vez concluida la evaluación, y dependiendo del enfoque empleado, se puede utilizar para apoyar diversas actividades y procesos. Los gobiernos pueden usar las evaluaciones como insumo para la redacción de leyes o normativas o para definir las prioridades para los planes de desarrollo y planificación nacional. Las comisiones de reformas legislativas pueden utilizar las evaluaciones para revisar la legislación vigente y elaborar propuestas de enmienda. También se pueden utilizar para diseñar guías prácticas o normas para abogados que trabajan en oficinas de registro de tenencia u otros órganos administrativos del Estado.

Tanto los profesionales del área jurídica que trabajan para el Estado o colaboran con él como los abogados comerciales podrían referirse a las conclusiones de una evaluación legislativa al momento de negociar acuerdos de inversión (párr. 12). Pueden utilizar la evaluación de manera proactiva para enmendar cualquier vacío en los reglamentos y las leyes nacionales y, así, mitigar los riesgos. Por ejemplo, el Estado puede negociar con las empresas disposiciones contractuales sólidas que exijan rigurosas evaluaciones de impacto (párr. 12.10) en los territorios que no cuentan aún con leyes medioambientales eficaces o si éstas aún se encuentran en proceso de adopción.

Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal pueden utilizar las evaluaciones para diseñar campañas que tienen por objetivo ajustar la legislación nacional a las Directrices. También pueden trabajar proactivamente para adaptar sus intervenciones en terreno de manera que se pongan a prueba las prácticas de las Directrices que no forman parte de las leyes nacionales, lo que crearía una base empírica que se puede emplear para mostrar a los legisladores los beneficios que se pueden derivar de la aplicación de los principios de las Directrices.

Los abogados que prestan servicios a organismos internacionales de desarrollo o colaboran con ellos pueden utilizar las evaluaciones jurídicas para diseñar sus programas de asistencia técnica y financiera. Por ejemplo, la evaluación podría ayudar a los donantes a definir las prioridades de financiamiento en el ámbito de la gobernanza de la tenencia en un determinado país: tras analizar una evaluación legislativa, los donantes pueden financiar estratégicamente iniciativas destinadas a armonizar la política nacional con las Directrices, o bien ofrecer apoyo a organizaciones de base en intervenciones que puedan crear una base empírica para poder hacer cambios en las políticas de fortalecimiento de los derechos legítimos de tenencia.

Principales recomendaciones 3.1

- ✓ Las Directrices proporcionan un marco de referencia acordado internacionalmente para la evaluación de las leyes nacionales.
- ✓ Las evaluaciones jurídicas fundamentadas en las Directrices pueden abordar principios universales o disposiciones específicas, y abarcar leyes o cuestiones concretas, o el sistema jurídico global del país.
- ✓ Estas evaluaciones conseguirán mejores resultados si se realizan con la participación amplia de todos los actores involucrados.
- ✓ Las evaluaciones pueden constituir una base sólida para la reforma legislativa y para determinar qué reformas son necesarias y cómo avanzar en este sentido.

3.2 Formulación de leyes: conceptos, actores, instrumentos y procesos

Una vez concluida la evaluación, los legisladores y los organismos gubernamentales competentes deben adoptar medidas para enmendar la legislación vigente o formular nuevas leyes con arreglo a las Directrices (véase el Recuadro 3.5 para ver ejemplos de disposiciones de las Directrices relacionadas con la formulación de leyes). Estas iniciativas no deberían incluir solo la legislación primaria, sino también normas de aplicación, decretos, manuales y pautas claras para la ejecución de leyes nuevas y enmendadas (FAO, 2013a). En esta sección se examinan las mejores formas de emprender procesos legislativos.

5.1 “Los Estados deberían *crear y mantener* unos marcos de políticas, *jurídicos* y organizativos que promuevan la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques”.

5.3 “Los Estados deberían garantizar que los marcos de políticas, *jurídicos* y organizativos para la gobernanza de la tenencia reconozcan y respeten, de conformidad con las leyes nacionales, los derechos legítimos de tenencia, en particular los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal, y facilitar, fomentar y proteger el ejercicio de los derechos de tenencia. Los marcos deberían reflejar la importancia social, cultural, económica y ambiental de la tierra, la pesca y los bosques. Los Estados deberían implantar unos marcos que no sean discriminatorios y que promuevan la equidad social y la igualdad de género”.

5.5 “Los Estados deberían *elaborar* unas políticas, *leyes* y procedimientos *pertinentes* por medio de procesos participativos que involucren a todas las partes afectadas, asegurando que desde un principio sean tomados en cuenta tanto los hombres como las mujeres. Las políticas, leyes y procedimientos deberían formularse teniendo en consideración las capacidades para su ejecución e incorporando un enfoque de género”. (Sin cursiva en el original).

RECUADRO 3.5
La formulación de leyes nacionales en las Directrices: algunos ejemplos

3.2.1 Garantizar la calidad de las leyes en términos de su redacción

La calidad del proceso legislativo resulta determinante, ya que el proceso de formulación de leyes o políticas repercute en la calidad de la legislación final. Hasta una ley bien redactada puede desvirtuar la buena gobernanza de la tenencia si no hubo suficiente participación ciudadana en su formulación. Este enfoque podría demorar más o requerir mayores recursos, no obstante, quienes redacten la ley basándose en estudios exhaustivos y consultas ciudadanas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia en el país, crearán leyes más efectivas y mejor adaptadas a los diferentes contextos y situaciones de tenencia de la vida real. Además, su aplicación a largo plazo resultará más efectiva en función de los costos y fácil de implementar.

Las leyes mal redactadas o basadas en estudios inconsistentes pueden perjudicar la gobernanza de la tenencia de diversas maneras. Las leyes poco claras, ambiguas o que no guardan coherencia con otras disposiciones jurídicas pueden limitar el ejercicio y la protección de los derechos de tenencia. Una ley mal redactada también puede dejar margen para la discreción administrativa, posibles casos de corrupción y mayor vulnerabilidad en términos de los derechos de tenencia, incluso de los que han sido reconocidos oficialmente. Por ejemplo, si conceptos como “interés general” o “interés nacional” se definen con demasiada laxitud o ambigüedad en las leyes sobre expropiación, las autoridades públicas pueden verse obligadas a adquirir tierras utilizando métodos que terminan despojando injustamente a los ciudadanos de sus derechos de tenencia (FAO, 2009a).

En otros casos, una ley redactada de forma clara puede entrar en conflicto con la capacidad de los organismos administrativos para aplicar sus disposiciones. Si un ministerio carece de los recursos técnicos, financieros o humanos necesarios para implementar las leyes y la normativa en materia de tenencia adecuadamente, es probable que no se podrán aplicar dichas leyes y normativa o que se haga de forma incorrecta, lo que abre el camino a la corrupción y búsqueda de rentas. Las leyes bien redactadas pero mal implementadas pueden terminar destruyendo la fe en el sistema jurídico nacional y el respeto por el estado de derecho.

RECUADRO 3.6 Manuales para la formulación de leyes y su puesta a prueba sobre el terreno terreno en Burkina Faso y Samoa

Fuente: Oficina del
Fiscal General. Samoa,
2008.

Fuentes: FAO, 2005;
Comité técnico sobre
desarrollo y tenencia
de la tierra, 2010 y
2014a.

El Manual para la formulación de leyes (*Legislative drafting handbook*) de Samoa publicado en 2008 identifica las principales responsabilidades que tienen que asumir todos los actores relevantes en los procesos legislativos. También describe los pasos a seguir antes de llevar a cabo cualquier reforma legislativa, incluyendo, entre otras cosas, la formulación de leyes y normativas.

El manual señala que “el proceso de redacción de las principales leyes debería incluir una consulta amplia con todos los actores involucrados a nivel gubernamental y comunitario”. El proyecto de ley debe ir acompañado de un informe de las consultas que indique quiénes participaron y cómo se han plasmado en el proyecto de ley los temas abordados en dichas consultas.

La participación de los actores involucrados es solo uno de los elementos de un proceso efectivo de redacción de una ley. Con el fin de garantizar que las leyes propuestas se adecuen al marco jurídico vigente en Samoa, el manual recomienda revisar las leyes nacionales pertinentes. Esta revisión también tiene por objetivo facilitar la homologación de las leyes del país.

En Burkina Faso, el Plan sobre tenencia de la tierra rural (*Plan Foncier Rural*) fue un proyecto piloto que se ejecutó en una provincia que se caracterizaba por frecuentes conflictos entre los titulares de derechos consuetudinarios locales y los “migrantes”. El proyecto logró reunir datos importantes sobre la tenencia de la tierra, elaborar mapas locales con la participación de los titulares de los derechos de tenencia y analizar las opciones para el otorgamiento de títulos.

Las lecciones aprendidas en el marco de esta experiencia piloto se incorporaron a la nueva normativa nacional sobre seguridad de la tenencia de la tierra rural y a la Ley N.º 034 de 2009 sobre tenencia de la tierra rural (*Loi 034-2009/AN Portant Régime foncier Rural*), en la que se reconocen los derechos consuetudinarios sobre la tierra y contempla la emisión de certificados de tenencia de terrenos rurales.

Para abordar estos desafíos, las Directrices instan a los Estados a redactar las leyes de manera clara, tomando en consideración la capacidad institucional para aplicarlas (párr. 5.5). A fin de fomentar la coherencia en los procesos y enfoques de formulación de las leyes, se pueden preparar manuales para la legislación con pautas para los funcionarios encargados de redactar las leyes o las normativas. Poner a prueba proyectos de ley y su normativa sobre el terreno, como se hizo en Samoa y Burkina Faso (véase el Recuadro 3.6), ofrece la posibilidad de ir adaptando las intervenciones a los contextos locales y probando distintos enfoques antes de que sean consagrados en la ley (FAO, 2013a). También es importante crear circuitos de retroalimentación entre la reforma legislativa y su aplicación: una vez aprobada la ley, se puede obtener información importante monitoreando su ejecución e impacto de cara a procesos legislativos futuros.

3.2.2 Considerar el sistema jurídico en su conjunto

Los instrumentos jurídicos suelen formar parte de una compleja red de instrumentos legislativos y normativos, conocida en muchos contextos como marco jurídico nacional. Los tratados internacionales también podrían establecer obligaciones relacionadas con las reformas a la ley. Al redactar leyes nuevas, los legisladores deberían tener en consideración las leyes nacionales vigentes que podría ser necesario enmendar o derogar, junto con los acuerdos internacionales ratificados que deber cumplirse obligatoriamente.

De hecho, debido a los vínculos que existen entre los distintos instrumentos jurídicos del marco jurídico de un país, para entender las repercusiones que podría tener un instrumento jurídico, será necesario analizar un cúmulo considerable de leyes (véase el Recuadro 3.7). Además, cualquier enmienda a la ley sobre tenencia podría obligar a hacer lo mismo con otras leyes nacionales conexas, por ejemplo, leyes en materia de contratos, leyes medioambientales, de aguas y de sucesiones o leyes para el gobierno local.

Por este motivo, las Directrices dejan en claro que los ejercicios de reforma de la tenencia se deben realizar en consonancia con el resto del sistema jurídico nacional, nunca de forma aislada. Al momento de elaborar una nueva ley, las autoridades deberían tener en cuenta qué relación guardaría la legislación nueva o modificada con otras leyes nacionales pertinentes y con las obligaciones internacionales del país. Las Directrices, al tiempo que instan a los Estados a “crear y mantener unos marcos de políticas, jurídicos y organizativos que promuevan la gobernanza

Durante el proceso de formulación de la Ley de acuicultura de Suriname, los legisladores consideraron necesario analizar los aspectos de la legislación pesquera (relacionados con la captura de especies silvestres para continuar con su crecimiento en instalaciones acuícolas), así como la legislación relativa a la tierra, el agua y el medio ambiente. Además, debido al riesgo de enfermedades animales asociado a las actividades acuícolas, también se revisó la legislación relativa a la salud animal, el uso de fármacos y la producción de piensos. Fue necesario a su vez evaluar la legislación que regulaba la inocuidad de los alimentos en términos de su impacto en la acuicultura. También se estudiaron los instrumentos jurídicos de carácter comercial relacionados con la importación y exportación de animales acuáticos vivos, así como de los productos animales.

El análisis realizado por los legisladores de todas estas leyes permitió determinar en qué temas acuícolas no profundizaban lo suficiente los instrumentos jurídicos vigentes. Algunas de estas falencias se abordaron directamente en el texto del proyecto de ley sobre acuicultura de Suriname. Paralelamente, se recabaron recomendaciones adicionales para la modificación de otros instrumentos jurídicos y, a nivel ministerial, las autoridades competentes acordaron preparar un plan para la ejecución del proceso de armonización que quedó pendiente.

RECUADRO 3.7 La Ley de acuicultura de Suriname

Fuente: Proyecto de ley de acuicultura de Suriname, de próxima publicación; Peter Deupmann, Oficina Jurídica de la FAO, comunicación personal.

responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques”, dejan claro que estas reformas “dependen y se asientan en las reformas más amplias que se lleven a cabo en el sistema jurídico” (párr. 5.1) y deberían ajustarse “a sus obligaciones existentes en virtud del derecho nacional e internacional, y teniendo en debida consideración los compromisos voluntarios asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables” (párr. 5.2).

Debido a la complejidad del marco jurídico del país y las características intrínsecas de las cuestiones asociadas con la tenencia en términos de su contenido, no se recomienda importar legislación sobre tenencia de otro país sin adaptarla al marco jurídico nacional y el contexto local (Bruce *et al.*, 2006; Byamugisha, 2013).

Además, el debido proceso legislativo no solo enmendará las leyes conexas correspondientes, sino también deroga leyes obsoletas y disposiciones específicas de leyes que, de no ser por ellas, serían buenas leyes. Si no se derogan las leyes obsoletas, se puede crear una situación de inseguridad jurídica y de conflicto entre una ley y otra, lo que puede perjudicar la intención de los redactores y abrir la puerta a la corrupción, la captación de rentas, la aplicación de leyes de manera incoherente y obstáculos burocráticos.

Una buena práctica en la elaboración de leyes nuevas consiste en identificar las leyes y disposiciones que se deben derogar para garantizar un marco jurídico coherente e integral para la gobernanza de la tenencia. Indicar que la nueva ley simplemente invalida “cualquier legislación anterior incompatible” puede resultar problemático ya que estas afirmaciones genéricas presuponen que los responsables de implementarlas contarán con la experiencia técnica necesaria para identificar las leyes preexistentes incompatibles en un eventual proceso a futuro (Bruce *et al.*, 2006). Idealmente, la evaluación jurídica que se realice antes del proceso de redacción de la legislación ya habrá identificado cuáles son las derogaciones y enmiendas necesarias y podrá incorporarlas directamente a la sección sobre “Rescisiones” de cualquier ley nueva o enmendada en materia de tenencia.

Finalmente, todo proceso de redacción de una ley debe tener en cuenta las obligaciones internacionales del país, por ejemplo, las previstas en los tratados ratificados por el Estado, y velar por la conformidad de la ley nueva con dichas obligaciones (FAO, 2007). Si no se consideran las obligaciones internacionales vigentes al formular nuevas leyes sobre tenencia, existe el riesgo de que el país no pueda cumplir dichas obligaciones y ser objeto de acciones legales ante los tribunales internacionales, como la CIJ o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

Además, cualquier infracción a determinados tratados puede exponer al Estado a duras sanciones. Por ejemplo, numerosos tratados internacionales en materia de inversiones dejan la posibilidad de que las empresas demanden a gobiernos por presuntos incumplimientos (Cotula, 2014a y 2015), por lo que la reforma redistributiva que expropia los derechos de tenencia de inversionistas extranjeros sujetos a un tratado de inversión debería tener en cuenta las normas de trato previstas (Peterson y Garland, 2010; Cotula, 2015). Si las normas de derecho nacionales propuestas no guardan coherencia con los tratados internacionales vigentes, los Estados podrían intentar renegociar los términos del tratado o anularlo, aunque esto podría ser mucho más difícil que cambiar la legislación nacional.

También es importante que todos los procesos de redacción de leyes que se estén llevando a cabo de manera simultánea estén bien coordinados. Si varios ministerios elaboran leyes relacionadas con la gobernanza de la tenencia simultáneamente y no existe coordinación entre ellos ni se aplican medidas cuidadosas para su armonización, éstas podrían contener incoherencias y ambigüedades. Para evitar esto, los procesos legislativos deberían establecer mecanismos de coordinación efectiva entre donantes y ministerios y abrir espacios para que estas entidades puedan compartir experiencias de manera oportuna.

3.2.3 Promover procesos participativos de formulación de leyes

La participación ciudadana en la formulación de leyes es esencial. Más allá de los aspectos técnicos de su redacción, la formulación de leyes sobre la gobernanza de la tenencia es un ejercicio de carácter marcadamente político condicionado por intereses particulares, que se caracteriza por la existencia de desigualdades de poder por motivo de género, generación, estatus, nivel de ingresos, riqueza e intereses socioeconómicos. Con vistas a garantizar que las leyes sobre gobernanza de la tenencia protejan todos los derechos legítimos de tenencia, los legisladores deberían crear oportunidades para que ciudadanos de un amplio espectro de la sociedad puedan dar su opinión durante los procesos legislativos.

La participación ciudadana también mejorará la calidad de las leyes, ya que la participación de los diversos actores involucrados puede contribuir a que la legislación pueda adaptarse a los contextos locales. La participación ciudadana otorga mayor legitimidad a una ley nueva: si ha sido consultada y se han incorporado sus intereses y necesidades en el texto legislativo final, el sentido de pertenencia que se genera y que comparten amplios sectores de la sociedad le puede facilitar la aplicación y ejecución efectiva de los mandatos del nuevo texto por parte del gobierno. En cambio, si los ciudadanos creen que la ley no refleja adecuadamente sus necesidades, es probable que hagan caso omiso de ella o que operen en mercados negros o grises, lo que terminará dificultando la consecución de los objetivos perseguidos por la ley.

Las Directrices instan a los Estados a “elaborar unas políticas, leyes y procedimientos pertinentes por medio de procesos participativos que involucren a todas las partes afectadas, asegurando que desde un principio sean tomados en cuenta tanto los hombres como las mujeres” (párr. 5.5). También instan a los actores estatales y no estatales a “proporcionar asistencia técnica y jurídica a [las] comunidades [afectadas] a fin de que estas participen en la elaboración de políticas, leyes y proyectos de tenencia” (párr. 9.10).

Cada vez se dispone de más experiencia en la promoción de la participación ciudadana en los procesos legislativos. Las lecciones aprendidas de las buenas prácticas (véase el Recuadro 3.8) ponen de relieve algunas consideraciones importantes. Para garantizar la participación efectiva y valiosa de los actores involucrados en los procesos legislativos:

- El proceso legislativo debería comenzar con la realización de consultas con los actores involucrados en el país y con diferentes grupos de ciudadanos, que continúen durante todas las etapas hasta el debate legislativo en el Parlamento. Las consultas tempranas permiten recopilar datos sobre los tipos de reformas necesarias y recibir aportes proactivos en vez de reactivos, que pueden fortalecer la legislación.
- Es fundamental utilizar un lenguaje claro y comprensible en la redacción de la ley: si las partes interesadas no pueden entender un proyecto de ley debido a su redacción excesivamente legalista y técnica, no podrán aportar adecuadamente sus comentarios.
- Los proyectos de ley y los documentos asociados deben publicarse en el momento oportuno y en formas que permitan consultarlos. Se deberían utilizar diversos canales de comunicación, como periódicos nacionales, la radio, Internet y la televisión.
- Se debería conceder tiempo suficiente para que las partes interesadas examinen las propuestas y envíen sus comentarios; si se reciben pocos comentarios, se deberían ampliar los plazos.
- Se deberían celebrar consultas en todo el país: es probable que debido a que las consultas se realizaron exclusivamente en la capital del país, no se haya escuchado la voz de los actores rurales más pobres y marginados.

- Los Estados no deberían establecer requisitos excesivamente estrictos para la participación ciudadana en las actividades de formulación de leyes. Los requisitos formales probablemente obstaculizarán la participación de los grupos más vulnerables, cuyos limitados recursos se deberían tener en cuenta al momento de definir los requisitos formales.
- Puede ser necesario desarrollar actividades de capacitación para asegurar que la ciudadanía pueda entender la legislación propuesta, así como los posibles efectos positivos y negativos de cada artículo, y para presentar sus comentarios al respecto.

RECUADRO 3.8
Participación ciudadana
en la formulación de
leyes en Indonesia, Malí,
Mozambique
y la República Unida
de Tanzania

Fuentes: FAO, 2009c; Djiré, Keita y Diawara, 2012; GRET/ RéDév, 2005.

Fuentes: Negrão, 1999;
FAO, 2010.

Fuente: FAO, 2010.

Fuentes: UE, 2011;
Sitio web del Plan de
Acción sobre Aplicación
de las Leyes, Gobernanza y
Comercio Forestales (FLEGT)
de la UE, 2014; Bosques y la
Red de Recursos de la Unión
Europea (FERN), 2014;
Bollen y Ozinga, 2013.

La aprobación en 2006 de la Ley de Política Agraria (*Loi d'Orientation Agricole*) de Malí se caracterizó por la amplia participación en su formulación de las federaciones nacionales de organizaciones de productores rurales. La normativa abarca una multiplicidad de temas, incluidos algunos asociados a la tenencia, La Coordinación Nacional de Organizaciones Campesinas (CNOP, por su sigla en francés) encabezó un proceso de consulta entre agricultores a nivel local y nacional para aportar insumos en el proceso legislativo. Este proceso culminó con un taller nacional de tres días para que todos los actores involucrados pudieran analizar las propuestas, incluidas las que surgieron de la consulta de la CNOP. La versión final de la ley refleja algunas de las inquietudes planteadas por los productores rurales durante la consulta.

En los preparativos para la formulación de la Ley de Tierras (*Lei de Terras*) de 1997 de Mozambique, la Comisión Nacional de Derecho organizó la Conferencia Nacional sobre la Tierra a la que invitó a representantes de todos los sectores sociales del país, entre ellos, diputados de todos los partidos políticos, grupos religiosos, representantes del sector privado, instituciones académicas, autoridades tradicionales y diversas ONG mozambiqueñas, además de las Naciones Unidas y otros donantes internacionales. Durante tres días, más de 200 participantes analizaron los aspectos centrales de la nueva ley sobre tierras y trabajaron de manera conjunta en definir sus parámetros. La Comisión incorporó estos cambios al proyecto de ley final que luego se presentó a la Asamblea Nacional. Se hicieron grandes esfuerzos por involucrar a la ciudadanía en el debate sobre el proyecto de ley: se publicó el texto completo en el periódico nacional y se leyó el proyecto de ley en radioemisoras de alcance nacional. En la Asamblea se pusieron a disposición del público copias completas del texto y, durante los descansos del debate legislativo, los representantes de la sociedad civil pudieron reunirse con los legisladores para discutir los diversos puntos de la ley. El proyecto de ley que finalmente se convirtió en ley incluyó muchos de los asuntos planteados y defendidos por la sociedad civil.

En 1991, el Gobierno de la República Unida de Tanzania estableció la "Comisión de investigación sobre asuntos relativos a la tierra" (la Comisión Shivji) cuya labor incluyó recorrer el país y reunirse con ciudadanos de todos los ámbitos, tomando nota de sus necesidades, intereses, inquietudes y reclamos en materia de tierras. La Comisión visitó las 20 regiones del país y celebró 277 sesiones públicas en las que se calcula participaron alrededor de 83 000 personas. En total, la Comisión reunió un dossier de 4 000 páginas de pruebas y observaciones del público, además de estudios de casos de todo el país sobre los principales conflictos relacionados con la tierra. Se encargaron estudios a expertos nacionales e internacionales y se celebró un taller nacional, al cual se invitó a las partes interesadas a compartir sus necesidades, inquietudes e intereses.

Indonesia y la UE firmaron en 2013 un Acuerdo de Asociación Voluntaria (AAV), una especie de tratado bilateral, cuyos objetivos consisten en mejorar la gobernanza del sector forestal y garantizar que la madera que se exporta a la UE se produce de conformidad con las leyes de la UE. Junto con las negociaciones con Indonesia para el AAV, se llevaron a cabo consultas con los actores involucrados en las que participaron representantes de ONG y de asociaciones de la industria maderera e industria forestal de Indonesia, entre otros. Se informó a la ciudadanía sobre el proceso del tratado a través de una serie de programas en la radio nacional, y el Gobierno de Indonesia organizó consultas públicas para recibir comentarios. Una vez promulgado el tratado, se llevaron a cabo nuevas consultas con los actores involucrados en febrero y marzo de 2014 para analizar la versión enmendada de la normativa para los mecanismos de determinación de la legalidad de los productos derivados de la madera. La nueva versión enmendada de las normas se puso a disposición del público para recibir sus observaciones antes de su promulgación en junio y julio de 2014.

- Si solamente se convoca a los dirigentes locales y regionales de los diversos grupos de actores involucrados, se deberían establecer mecanismos para garantizar que estos dirigentes efectivamente estén representando los intereses de sus grupos y rindan cuentas ante ellos.

El ministerio o entidad que encabeza el proceso de formulación de leyes suele ser la entidad responsable de identificar a los actores pertinentes a nivel local, regional y nacional e invitarlos a participar. Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal pueden cumplir un rol importante en incentivar la participación de las comunidades de base en los procesos consultivos, entre otras medidas, haciendo llegar la información a las comunidades que viven en zonas remotas; involucrando a grupos a los que les cuesta llegar, como las mujeres, los jóvenes y las personas tradicionalmente marginadas; creando mayor conciencia sobre los derechos y procedimientos descritos en la nueva ley (a fin de garantizar que los actores involucrados estén bien informados); organizando grupos de discusión para asegurar que los actores involucrados estén preparados para defender sus intereses en las consultas públicas; y velando por que se resuelvan las necesidades logísticas de las partes interesadas (por ejemplo, disponiendo de medios de transporte para trasladarlos a la consulta local).

No realizar consultas podría tener graves consecuencias y daría pie, por ejemplo, a que un tribunal constitucional derogue la ley (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030/08, del 23 de enero de 2008). Una vez concluido el proceso de consultas, se debe redactar un informe, que se pondría a disposición de los legisladores y el público general, con las resoluciones de las consultas y la injerencia que tuvieron en el proyecto de ley; es decir, qué disposiciones se han incluido o modificado como consecuencia de estas consultas (Oficina del Fiscal General. Samoa, 2008).

Principales recomendaciones 3.2

- ✓ La calidad del proceso de elaboración de la legislación es muy importante, ya que la forma en que se diseña una ley puede afectar la calidad de la legislación final.
- ✓ Poner los proyectos de ley y normativas a prueba sobre el terreno permite hacer ensayos de los procedimientos administrativos antes de consagrarlos oficialmente en la ley y deja margen para ir adecuándolos a los contextos locales y los limitados recursos y capacidad.
- ✓ Al elaborar legislación nueva, quienes la redacten deben asegurar la coherencia del marco jurídico en su conjunto, teniendo en cuenta las leyes que podría ser necesario enmendar o derogar, y el cumplimiento de los acuerdos internacionales.
- ✓ Para garantizar que las leyes sobre gobernanza de la tenencia protejan los intereses de todos los titulares legítimos de derechos de tenencia, los legisladores deben crear espacios para que ciudadanos de un amplio espectro de la sociedad puedan dar su opinión durante los procesos de elaboración de legislación.
- ✓ Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal pueden cumplir un rol importante instando a las autoridades de gobierno a realizar consultas y propiciar una amplia y efectiva participación.

3.3 Integración de las Directrices a la legislación

Desde su aprobación por el CSA en 2012, varios países han empezado a revisar su legislación en función de los contenidos de las Directrices (FAO, 2014b) y otros ya están preparando leyes en consonancia con ellas. Hacer referencia a la legislación vigente sobre tenencia en diversos países para contar con ejemplos positivos sobre cómo convertir las Directrices en leyes podría resultar útil a la hora de redactar y revisar las leyes. En esta sección se examinan siete ámbitos específicos del derecho, priorizando los temas que han sido objeto de acalorados debates sobre políticas durante los últimos años, entre otros:

- reconocimiento de los derechos legítimos de tenencia;
- restitución y redistribución de la tenencia;
- transparencia;
- consulta y CLPI;
- evaluaciones del impacto ambiental y social, y
- expropiación y compensación.

3.3.1 Reconocimiento de los derechos legítimos de tenencia, incluidos los derechos consuetudinarios

Como se señaló en el Capítulo 2, las Directrices llaman a reconocer todos los derechos legítimos de tenencia. El Recuadro 3.9 contiene ejemplos de las disposiciones pertinentes de las Directrices. La gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques suele resonar en los sistemas de tenencia locales, tradicionales o indígenas. Los derechos de tenencia basados en sistemas consuetudinarios por lo general se consideran legítimos, sin embargo, su grado de reconocimiento legal varía según la jurisdicción.

Las Directrices instan a Los Estados a “garantizar que los marcos de políticas, jurídicos y organizativos para la gobernanza de la tenencia reconozcan y respeten, de conformidad

RECUADRO 3.9
Reconocimiento
de todos los
derechos
legítimos
de tenencia:
ejemplos de las
disposiciones de
las Directrices

3A.1.1 “Los Estados deberían[...] [d]ar reconocimiento y respetar a todos los titulares legítimos y sus derechos de tenencia. Deberían adoptar medidas razonables para identificar, registrar y respetar a los titulares y sus derechos, ya sea que estos últimos hayan sido registrados oficialmente o no; abstenerse de vulnerar los derechos de tenencia de otros, y cumplir con los deberes que derivan de tales derechos”.

3.2 “Los actores no estatales, tales como las empresas comerciales, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia. Las empresas comerciales deberían actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia de terceros. Deberían integrar los correspondientes sistemas de gestión de riesgos para prevenir y afrontar efectos adversos sobre los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia”.

4.4 “A partir de un examen de los derechos de tenencia en consonancia con el derecho nacional, los Estados deberían otorgar un reconocimiento legal a aquellos derechos legítimos de tenencia que actualmente no estén protegidos por la ley”.

4.5 “Los Estados deberían proteger los derechos legítimos de tenencia y asegurar que las personas no estén expuestas a expulsiones arbitrarias, y que sus derechos legítimos de tenencia no se vean suprimidos o violados de otra manera”.

con las leyes nacionales, los derechos legítimos de tenencia, en particular los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal, y facilitar, fomentar y proteger el ejercicio de los derechos de tenencia” (párr. 5.3). Por ende, para poder aplicar las Directrices la legislación nacional deberá reconocer, respetar y proteger los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia.

Para poder reconocer, respetar y proteger los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia, la legislación nacional debe:

1. **Reconocer y proteger la totalidad de los derechos de tenencia.** La legislación nacional debe definir los derechos consuetudinarios de tenencia de manera tal de dejar margen para su evolución, flexibilidad y adaptación a lo largo del tiempo, según sean las necesidades locales. Las leyes deberían permitir la expresión y práctica de los distintos paradigmas de tenencia consuetudinaria local (no solo de los correspondientes a la tribu, etnia o grupo religioso dominante), estableciendo al mismo tiempo restricciones que permitan imponer normas básicas en materia de derechos humanos en las prácticas tradicionales, proteger contra la discriminación dentro de la comunidad y garantizar la concordancia con la Constitución del país (párrs. 5.3, 8.2, 9.5 y 9.6).
2. **Disponer lo necesario para que todos los derechos legítimos de tierras tengan la misma consideración e importancia que los derechos de tenencia certificados y “oficiales”.** Las leyes deberían reconocer que los derechos de tenencia consuetudinarios e indígenas tienen la misma validez y consideración que los derechos concedidos por los órganos del Estado, independiente de si han sido registrados o no (FAO, 2010).
3. **Establecer procesos administrativos sencillos, claros, simplificados, locales y fáciles de usar para que las comunidades rurales puedan ampararse en ellos a la hora de demandar y defender sus derechos de tenencia.** A fin de garantizar su funcionalidad, las leyes deberían crear estructuras y procesos de gobernanza que sean asequibles y de bajo costo, tanto para el Estado como para los usuarios, y que aprovechen los conocimientos de las condiciones locales que tienen los habitantes de cada lugar (párrs. 6.6, 10.4 y 11.3).
4. **Proteger de forma explícita los derechos de tenencia de la mujer y establecer su derecho a ejercer derechos de tenencia.** Las leyes que buscan integrar los sistemas consuetudinarios y estatutarios de tenencia deberían aclarar que las mujeres (casadas, solteras, divorciadas y viudas) pueden ejercer y poseer derechos de tenencia. Asimismo, los legisladores deberían reformar otras leyes pertinentes para garantizar la coherencia en toda la legislación, y se deberían consagrar los derechos de tenencia independientes de las mujeres en el derecho de familia y sucesorio, e idealmente en las constituciones nacionales. Las leyes deberían exigir la inclusión del nombre de ambos cónyuges y las personas dependientes en los registros oficiales de propiedad familiar. Además, pueden imponer un deber explícito a los administradores locales que fiscalizan las transacciones de tenencia de garantizar que la operación no comprometa los derechos de tenencia de la mujer. A fin de asegurar que la mujer participe en las decisiones que se toman en la comunidad en materia de derechos de tenencia, las leyes también pueden exigir que las mujeres ocupen cierto porcentaje de puestos en los órganos locales de gobernanza de los recursos (párrs. 3B.4, 4.6, 5.4, 7.1 y 7.4; y FAO, 2006b).
5. **Cuando la tenencia es compartida o es de propiedad común, otorgar derechos de tenencia a todos los miembros de la comunidad como grupo articulado.** Para ello puede ser necesario emitir certificados de inscripción, títulos o escrituras a nombre de la comunidad (no a nombre de miembros individuales de la comunidad), así como crear un deber fiduciario ejecutable entre los organismos de gestión de la tenencia y

los miembros de la comunidad (párrs. 9.2, 9.4, 9.7 y 9.8; véase también la próxima guía técnica de la FAO sobre propiedades comunales).

- 6. Proteger de forma explícita las zonas comunitarias, los derechos consuetudinarios de tránsito y otros derechos de uso y acceso compartido** (párr. 8.3). A medida que se intensifica la lucha por los escasos recursos naturales y la tierra, es importante incluir en la gama de derechos de tenencia protegidos por ley todos los derechos colectivos y derechos consuetudinarios de acceso, así como los derechos de tránsito, en especial hacia los puntos de abastecimiento de agua compartidos, como manantiales y ríos, los bosques comunitarios, las tierras de pastoreo y otros recursos naturales cuyo valor ha ido creciendo rápidamente.

Las reformas legislativas que se han ido llevando a cabo en diversos países son ejemplos de iniciativas para enmendar las leyes en este sentido (véase el Recuadro 3.10). Por ejemplo, la legislación en materia de tierras en Mozambique, Uganda y la República Unida de Tanzania reconoce los derechos consuetudinarios y les otorga estatus legal sin importar si han sido consignados oficialmente.

RECUADRO 3.10
Ejemplos de reconocimiento jurídico de los derechos consuetudinarios sobre la tierra

Fuente: Ortega, 2004.

- Bolivia (Estado Plurinacional de), Brasil, Colombia, Costa Rica, Panamá, Paraguay y Perú han adoptado instrumentos jurídicos de alto nivel (constituciones o acuerdos internacionales) que reconocen los derechos indígenas sobre la tierra, además de algunos marcos jurídicos y normativos nacionales en los que se basa el funcionamiento de tales instrumentos.
- La Ley de Constitución de los Grupos de la Tierra (*Land Group Incorporation Act*), aprobada en 1974 en Papua Nueva Guinea, permite a los grupos tradicionales constituirse como entidad con personalidad jurídica con derecho de realizar, gestionar y negociar transacciones de tierras con terceros. La ley establece las condiciones de constitución, los mecanismos de solución de controversias a través de tribunales locales y las restricciones de venta de tierras a forasteros.
- La Ley de Tierras de 2001 de Camboya incluye un capítulo relativo a la titularidad colectiva de los pueblos indígenas sobre la tierra. La normativa enumera los recursos a los que se pueden acoger las comunidades para obtener la titularidad colectiva.
- La Constitución de Kenya estipula que “las tierras comunitarias se adjudicarán a determinadas comunidades, que las ocuparán; dichas comunidades se identificarán por etnia, cultura o afinidad de intereses comunitarios” y define tierras comunitarias como aquellas que incluyen “tierras registradas legalmente a nombre de los representantes del grupo conforme a lo dispuesto en cualquier ley; tierras transferidas legalmente a una comunidad específica mediante cualquier procedimiento legal; tierras declaradas como tierras comunitarias en virtud de una ordenanza parlamentaria; tierras de propiedad de comunidades específicas que estén siendo administradas o utilizadas legalmente como bosque comunitario, zona de pastoreo o santuario; tierras ancestrales y tierras ocupadas tradicionalmente por comunidades de cazadores-recolectores; o tierras entregadas en fideicomiso por los gobiernos nacionales, sin incluir las tierras públicas” (art. 63).
- La Ley de Tierras de 1997 de Mozambique establece que los derechos sobre la tierra se pueden obtener: 1) por “ocupación de particulares o de comunidades locales, de conformidad con las normas y prácticas tradicionales que no infrinjan la Constitución nacional” (art. 12 a); o 2) por “ocupación de particulares nacionales que hayan utilizado la tierra de buena fe durante un período mínimo de diez años” (art. 12 b). La ocupación se puede comprobar con el testimonio verbal de buena fe de los vecinos (art. 21). Según señala esta ley, “las comunidades locales participarán, entre otras cosas, en la gestión de los recursos naturales, la resolución de controversias, el proceso de titularidad [...] y la identificación y delimitación de las tierras que ocupa la comunidad”. Para ejercer tales competencias, “las comunidades locales aplicarán, entre otras cosas, las normas y prácticas tradicionales” (art. 24).
- Según la Ley de Tierras (*Land Act*) de 1999 de la República Unida de Tanzania, “los derechos consuetudinarios de ocupación [...] emanan de las leyes consuetudinarias y las tenencias de tierras preexistentes, pueden o no estar respaldados por un certificado o documento escrito, [y] presentan la misma consideración y validez que los derechos de ocupación concedidos” (art. 4 3).

Las Directrices señalan que las protecciones de los derechos de tenencia de carácter consuetudinario e indígena deben igualarse con las disposiciones que favorecen la igualdad de género (párrs. 3B.4, 5.3, 5.5 y 10.1) y el respeto de los derechos humanos (párrs. 2.2, 3.2, 3B.4, 4.1 y 4.8). Por ejemplo, la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997 (*Indigenous Peoples Rights Act of 1997*) de Filipinas protege los derechos de los pueblos indígenas “únicamente en el marco” de la Constitución nacional. Dicha ley establece que el Estado debe velar por que los pueblos indígenas “disfruten por igual del alcance completo de las libertades y los derechos humanos sin distinción ni discriminación” (art. 2), pero exige la no discriminación por motivos de género de conformidad con los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución (art. 21).

Según el párrafo 5.3 de las Directrices, las leyes nacionales no solo deberían reconocer los derechos legítimos de tenencia, sino también protegerlos. Para que la protección resulte efectiva, sería necesario, entre otras cosas:

- definir con claridad y hacer públicas todas las categorías de los derechos legítimos de tenencia (párr. 8.2);
- reconocer oficialmente los derechos legítimos de tenencia y proporcionar la documentación jurídica correspondiente (párrs. 8.2, 9.4 y 10.1);
- garantizar que los sistemas administrativos estatales cuenten con el equipamiento necesario para procesar solicitudes de formalización de todos los derechos legítimos de tenencia;
- conservar registros de todos los derechos legítimos de tenencia en un sistema único de registro, o en varios sistemas vinculados mediante un marco común (párr. 8.4);
- garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los organismos que proporcionan recursos y velar por el respeto de los derechos de tenencia (párrs. 4.9 y 21.1);
- proporcionar acceso a la justicia a los titulares de todos los derechos legítimos de tenencia que creen que no se están reconociendo sus derechos de tenencia (párrs. 3.1.4 y 7.3);
- proteger los derechos legítimos de tenencia frente a los desalojos forzosos y las expropiaciones ilegales (párrs. 3.1.2, 4.5 y 9.5);
- garantizar que las empresas comerciales respeten todos los derechos legítimos de tenencia y que las transacciones a gran escala de los derechos de tenencia no comprometan los derechos de tenencia (párrs. 3.2 y 12.10);
- reconocer los derechos legítimos de tenencia de refugiados y desplazados, y
- otorgar a los titulares de derechos de tenencia el derecho de recibir con prontitud una compensación justa por su expropiación forzosa (párr. 16.1).

3.3.2 Reforma del sistema de derechos de tenencia: redistribución y restitución

En las Directrices también se brinda orientación para la formulación de leyes asociadas a la reforma de la tenencia redistributiva y la restitución de los derechos de tenencia arrebatados en el pasado. Las Directrices establecen, por ejemplo, que los Estados que optan por aplicar reformas redistributivas deberían definir claramente los objetivos de los programas de reforma y sus beneficiarios previstos y “elaborar políticas y leyes a través de procesos participativos para hacerlas sostenibles” (párr. 15.5). Los programas de redistribución deberían “asegurar que las políticas y el derecho ayudan a los beneficiarios, bien sean estas comunidades, familias o individuos, a obtener un nivel de vida adecuado de la tierra, la pesca y los bosques que adquieran”. También deberían “garantizar la igualdad

de trato de hombres y mujeres en las reformas redistributivas” y “revisar las políticas que puedan obstaculizar la consecución y la sostenibilidad de los efectos previstos que vayan a tener las reformas redistributivas” (párr. 15.6).

La redistribución de tierras “debería ser conforme al estado de derecho” y quienes pierdan sus derechos de tenencia debido a la reforma redistributiva “deberían recibir, sin demora injustificada, pagos compensatorios por una suma equivalente al valor de lo cedido” (párr. 15.4). En las Directrices también se insta a que los procesos de reforma sean transparentes y responsables y “a la tutela judicial efectiva y a una indemnización justa de acuerdo con la legislación nacional” (párr. 15.9; véanse también los párrs. 16.1 y 16.3).

En lo que respecta la restitución de los derechos de tenencia, las Directrices señalan que la legislación nacional debería establecer procesos claros y transparentes y que existirían dos formas de restitución: en la medida de lo posible, las parcelas o propiedades originales deberían ser devueltas a quienes sufrieron la pérdida y, si no se pudiera actuar de esta manera, los Estados deberían “proporcionar una compensación rápida y justa en forma de dinero” (párr. 14.2). La compensación puede ser pecuniaria o en especie mediante la asignación de parcelas o propiedades alternativas y debería garantizar el “tratamiento equitativo de todas las personas perjudicadas” (párr. 14.4). Además, las disposiciones de las Directrices relativas a la redistribución y restitución subrayan la necesidad de que los Estados actúen en coherencia con sus obligaciones existentes en la legislación nacional e internacional aplicable (párrs. 14.1 y 15.4).

A lo largo de los años, muchos países han promulgado leyes orientadas a redistribuir o restituir los derechos de tenencia, en especial en lo que respecta a la tierra. Entre las décadas de 1930 y 1970, los proyectos de reforma agraria, como el programa de ejidos de México, transformaron partes del paisaje rural latinoamericano, pese a que su ejecución no siempre cumplió las expectativas. En tiempos más recientes, algunos países de América Latina, como Colombia, han promulgado legislación en materia de restitución de tierras y algunas ex repúblicas soviéticas, como Azerbaiyán, han legislado con vistas a privatizar las antiguas explotaciones agrícolas estatales y colectivas y asignar estas tierras a agricultores. En Sudáfrica se aprobaron disposiciones constitucionales y leyes de aplicación para devolver a los campesinos negros tierras que les fueron arrebatadas durante el *apartheid* y para restituir tierras a los grupos más pobres. Sin embargo, los programas de reforma no se refieren únicamente a la tierra. En Nueva Zelanda, por ejemplo, la restitución formal de los derechos de pesca respondía al objetivo de subsanar la abrogación del tratado de 1840, que reservaba los derechos de pesca para la población maorí en detrimento de las pesquerías locales (véase el Recuadro 3.11).

RECUADRO 3.11 Reformas a la tenencia en Azerbaiyán, Colombia, Nueva Zelanda y Sudáfrica

Fuentes: Summers, 2012; Velásquez-Ruiz, 2015; y Tribunal Superior (Distrito Judicial de Antioquia), Sentencia n.º. 007, 23 de septiembre de 2014.

Fuente: Ntsebeza y Hall, 2007.

En Colombia, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras de 2011 proporciona el marco jurídico para la restitución de tierras, como parte del proceso nacional orientado a facilitar el regreso de los desplazados a causa del conflicto armado y a consolidar la paz mediante la justicia de transición. En una sentencia en 2014, un Tribunal Superior de Medellín dictaminó la restitución de tierras a los Embera Katío, una comunidad indígena desplazada por el conflicto armado, fundamentándose en esta ley.

En Sudáfrica, el programa nacional de reforma agraria posterior al *apartheid* se ha construido sobre tres pilares: restitución de tierras, redistribución de tierras y seguridad de la reforma de la tenencia. El programa de restitución pretende solucionar las injusticias históricas que sufrieron aquellas personas que fueron despojadas de sus tierras durante la época del *apartheid*. La Ley de restitución de los derechos sobre las tierras (*Restitution of Land Rights Act*) aprobada en Sudáfrica en 1994 estipuló la creación de una Comisión para la restitución de los derechos sobre las tierras (*Commission on Restitution of Land Rights*) con el mandato de estudiar los argumentos de las demandas de restitución, y de un tribunal para dictar sentencia sobre estas causas. La complejidad de los procedimientos y los limitados recursos han mermado todo intento de progreso en la materia. Debido a esto, se prolongó hasta 2019 el plazo para la presentación de demandas de restitución para poder dar respuesta a las demandas pendientes.

En Azerbaiyán, como resultado de la Ley de Reforma Agraria de 1996 (*Law of the Azerbaijan Republic "On the land reform"*) y de los decretos presidenciales orientados a acelerar el proceso, se inició un proceso de reforma agraria que tuvo como resultado la disolución de las antiguas explotaciones agrarias estatales y colectivas. Las familias que habían recibido tierras como parte del programa manifestaron que el proceso se desarrolló de manera imparcial y esto, a la fecha, ha tenido como resultado un aumento significativo en la productividad agrícola.

Fuente: Dudwick, Fock y Sedik, 2007.

En Nueva Zelandia, el Tratado de Waitangi, firmado por los representantes maorís y la Corona en 1840, autorizaba al pueblo maorí a "conservar la posesión exclusiva e ininterrumpida de sus [...] pesca y otras posesiones". No obstante, con el paso del tiempo, estos derechos se han ido conculcando. Para corregir esta violación, la Ley de 1992 sobre Conciliación (Reclamaciones de Pesca) del Tratado de Waitangi (*1992 Treaty of Waitangi — Fisheries Claims — Settlement Act*) tiene por objetivo resolver de manera definitiva las demandas del pueblo maorí sobre la pesca comercial fundamentadas en los derechos que otorga la ley consuetudinaria (incluidos los derechos consuetudinarios y el título aborígen), el Tratado de Waitangi y otras leyes. La Ley prevé el pago de 150 millones de dólares neozelandeses a la Comisión de pesca del Tratado de Waitangi en compensación por la pérdida de oportunidades para participar en determinadas actividades pesqueras comerciales a pequeña escala, que se destinarán al desarrollo y participación de los maorís en la industria pesquera neozelandesa.

Fuente: Gobierno de Nueva Zelandia, 2008.

3.3.3 Transparencia

La transparencia ocupa un lugar destacado en las Directrices como principio esencial de aplicación (párr. 3B.8). Se aplica a múltiples cuestiones, como la transparencia de las políticas, las leyes y la normativa, así como todas las transacciones de derechos de tenencia (párrs. 3B.8, 5.5, 12.3 y 12.5). La promulgación de leyes que exijan transparencia en la administración y las transacciones de derechos de tenencia puede ayudar a reducir la búsqueda de rentas, la corrupción y la mala gestión.

Esta legislación puede resultar de utilidad para los abogados comerciales que intentan reducir el riesgo para sus clientes, anticipan que las transacciones y negociaciones con entidades gubernamentales se llevarán con transparencia. Las leyes sobre transparencia también pueden ser cruciales para las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal y se dedican a defender los derechos individuales o comunitarios sobre las tierras. En el Recuadro 3.12 se incluyen algunos ejemplos de legislación sobre transparencia.

Algunos países han promulgado leyes de fomento de la transparencia en determinados aspectos de la gobernanza de la tenencia. Por ejemplo, el Decreto de iniciativa para la transparencia en el sector extractivo de Liberia (*Liberia Extractive Industries Transparency Initiative Act, o LEITI Act*) de 2009 estipula que todo contrato entre inversionistas y el Estado, tanto del sector petrolífero y minero como el agropecuario y forestal (arts. 5.3 y 5.4) debe estar a disposición del público. Además, la normativa pesquera que entró en vigencia en 2010 introduce medidas para mejorar la transparencia en el proceso de toma de decisiones administrativas estableciendo que la autoridad debe informar sobre los motivos para rechazar solicitudes de licencia y permitir al interesado presentar una solicitud rectificadora (art. 20.3).

En Francia, el artículo 2 de la Ley 78-753 de 1978 (*Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*) y su modificación de 2009 estipula que toda persona tiene derecho a consultar los registros catastrales de tierras. Esta disposición aborda cuestiones relativas a la libertad de acceso a los documentos administrativos y establece que los organismos administrativos deben permitir el acceso a toda persona que lo solicite, salvo contadas excepciones (por ej., relativas a la seguridad nacional). Además, la Ley 2012-1460 del 27 de diciembre de 2012 (*Loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement*) estipula que todo proyecto normativo (por ej., decretos) que afecte al medio ambiente debe ser publicado en la Web.

RECUADRO 3.12 Legislación en materia de transparencia en el Camerún, Francia y Liberia

Fuente: Ministerio de Medio Ambiente, Energía y Mar, sin fecha.

Fuentes: Bollen y Ozinga, 2013 y AVA entre la UE y el Camerún (véase el sitio web del Plan de acción sobre FLEGT, 2014).

Camerún, la República Centroafricana, Ghana, Indonesia, Liberia y la República Democrática del Congo han firmado acuerdos voluntarios de asociación (AVA) con la Unión Europea. Estos acuerdos regulan la exportación de madera a la UE e incluyen disposiciones para un “sistema de garantías de la legalidad” cuyo objetivo es establecer qué madera se ha producido de manera legal, monitorear y otorgar licencias para su comercialización, así como garantizar que solamente se exporte madera legal. Los AVA suelen incluir disposiciones para la verificación de operaciones forestales y el control del transporte y procesamiento de la madera durante el proceso de traspaso de un propietario a otro, desde su recolección hasta el punto de exportación. Al incluir disposiciones en materia de transparencia y controles en el sector forestal, se puede reducir la explotación maderera ilegal. Los AVA también contienen disposiciones sobre el acceso del público a la información, incluido el informe anual del organismo creado por las partes para la ejecución del acuerdo, los textos de todas las leyes aplicables al sector forestal y sus enmiendas, e información sobre las concesiones forestales (por ejemplo, el art. 21 y el Anexo VII del AVA entre la UE y el Camerún).

3.3.4 Consulta y consentimiento libre, previo e informado (CLPI)

Las Directrices contienen diversas disposiciones que recomiendan consultar a los titulares de derechos legítimos de tenencia y, en caso de que haya pueblos indígenas involucrados, su CLPI en caso de asignación pública de los derechos de tenencia y de las transacciones con inversionistas.

Las Directrices definen la consulta de la siguiente manera: “establecer relación con y buscar el apoyo de aquellos que, teniendo derechos legítimos de tenencia, podrían verse afectados por las decisiones, antes de la adopción de estas, y responder a sus contribuciones; tener en cuenta los desequilibrios de poder existentes entre las distintas partes y garantizar la participación activa, libre, efectiva, significativa e informada de individuos y grupos en los correspondientes procesos de toma de decisiones” (párr. 3B.6).

Cuando hay pueblos indígenas involucrados, las Directrices contemplan que los “Estados y otras partes deberían llevar a cabo consultas de buena fe con los pueblos indígenas antes de iniciar cualquier proyecto o antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que pudieran afectar a los recursos sobre los que las comunidades posean derechos. Los proyectos deberían basarse en una consulta efectiva y significativa con los pueblos indígenas, a través de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su CLPI con arreglo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y teniendo en cuenta las posiciones y opiniones particulares de cada Estado” (párr. 9.9).

En lo que respecta a las propuestas de inversión, por ejemplo, las Directrices instan a los Estados a asegurar que las inversiones sean coherentes con los principios de consulta y participación (párrs. 12.5 y 12.9). Cuando las inversiones propuestas afecten a los pueblos indígenas, las consultas deberían orientarse a obtener su CLPI (párrs. 9.9 y 12.7). Para dar cumplimiento a esto, los legisladores deberían contemplar en las leyes sobre tenencia la obligación de que el Estado consulte con las poblaciones afectadas (incluidas, por ejemplo, las mujeres, los jóvenes y los titulares de derechos de pesca y caza) antes de otorgar derechos de tenencia de tierras, pesca o bosques a iniciativas de inversión, proyectos de infraestructura o actividades de conservación.

El concepto de CLPI tiene carácter permanente, no puntual, y los pueblos indígenas tienen el derecho a rechazar cualquier proyecto. Realizar procesos de tipo CLPI puede convertirse

en una buena práctica que se puede seguir por regla general en todas las consultas comunitarias. El proceso puede incluir negociaciones entre comunidades y forasteros que deriven en acuerdos mutuos (véase FAO, 2013e).

La experiencia demuestra que, en contextos en los que existen intereses creados y asimetrías de poder, la implementación de requisitos para una consulta o CLPI puede no cumplir las expectativas cuando. La legislación puede ayudar a solucionar estos problemas, por ejemplo, mediante mecanismos para garantizar que las consultas:

- sean participativas e incluyan a una mayoría significativa (por ejemplo, al menos el 70%) de los habitantes de una comunidad;
- se realicen en el idioma local y permitan a todos los miembros comunitarios hacer todas las preguntas que deseen;
- incluyan una presentación completa del proyecto o la inversión planificada, los beneficios económicos previstos y las retribuciones que se abonarán o entregarán a la comunidad a cambio del uso de tierras, pesquerías y bosques locales;
- brinden a las comunidades la oportunidad real de rechazar el proyecto propuesto, y
- se documenten de manera adecuada y se registren sus resultados, y deriven en acuerdos vinculantes entre los pueblos indígenas o las comunidades locales, el inversionista y, si corresponde, el gobierno (FAO, 2013e).

A fin de garantizar que las consultas comunitarias se realicen como corresponde y que se logre un auténtico CLPI, los legisladores también pueden incluir en la legislación correspondiente disposiciones orientadas a:

- exigir que los inversionistas u organismos del Estado que buscan tierras, pesquerías y bosques establezcan un mecanismo independiente de reclamación para que los actores involucrados puedan comunicar las inquietudes que les vayan surgiendo durante el ciclo del proyecto;
- crear procedimientos de resolución de controversias que ofrezcan acceso a un mediador independiente y a los recursos correspondientes, como la devolución de los derechos de tenencia y el pago de compensaciones (FAO, 2013e), y
- anular los planes de inversión o contratos entre comunidades y los inversionistas que se hayan firmado de mala fe y sin haber realizado las consultas correspondientes, de conformidad con lo previsto en la ley.

El Recuadro 3.13 contiene ejemplos de legislación que aborda el tema de las consultas y/o CLPI en Ecuador, Filipinas y Mozambique.

La Constitución de la República de Filipinas y la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas de 1997 reconocen el derecho de autodeterminación de los pueblos originarios (Sección 13 de la ley) y protegen sus derechos sobre los “dominios ancestrales” y sus tierras y recursos naturales (Sección 7 de la ley). La Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce además el derecho de los pueblos originarios al CLPI en relación con todos los proyectos de desarrollo propuestos (secciones 71 y 59) y define el CLPI como “el consenso de todos los miembros del [pueblo indígena], que se determinará con arreglo a sus leyes y prácticas consuetudinarias respectivas, sin manipulaciones externas, interferencias o coacción, y se obtendrá tras divulgar la intención y alcance de la actividad, en un idioma y conforme a un proceso que la comunidad pueda entender” (art. 3 g).

En Mozambique, las autoridades gubernamentales pueden conceder derechos sobre la tierra a inversionistas. No obstante, los inversionistas deben consultar primero a las comunidades locales “con el propósito de confirmar si la zona está libre y no tiene ocupantes” (Sección 13.3 de la Ley de Tierras). Si la tierra no está “libre”, se debe realizar una “operación conjunta” en la que “participen

RECUADRO 3.13
Consulta y CLPI
en Ecuador,
Filipinas y
Mozambique

los servicios de catastro, el administrador del distrito o su representante y las comunidades locales". El resultado se debe "consignar por escrito y [debe] ir firmado por un mínimo de tres y un máximo de nueve representantes de la comunidad local, así como los propietarios u ocupantes de los terrenos contiguos" (Reglamentos de la Ley de Tierras, Sección 27.2). Esta consulta permite a las comunidades negociar los beneficios o pagos que recibirán a cambio del uso de sus tierras y recursos naturales. Una vez concluida la consulta, el administrador del distrito elaborará una declaración en la que se establecen "las condiciones por las que se regirá la asociación entre el solicitante y los titulares del derecho de uso de las tierras y de los beneficios obtenidos por la ocupación" (Reglamentos de la Ley de Tierras, párr. 27.3).

En el Ecuador, la Constitución de 2008 (art. 57 4-7) reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y les concede el derecho de ser consultados antes de la aprobación de medidas legislativas nuevas que pudieran afectar algún derecho colectivo. En ella se afirma que "[s]e reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles[...]; [...] Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita[...]; Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras[...]; y) La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley".

3.3.5 Evaluaciones del impacto ambiental y social

Las Directrices recomiendan realizar evaluaciones de impacto ambiental y social para todas las concesiones de tenencia e iniciativas de inversión propuestas: "Cuando se estén considerando inversiones que impliquen transacciones a gran escala de derechos de tenencia, en particular adquisiciones y acuerdos de asociación, los Estados deberían esforzarse por disponer que las distintas partes realicen evaluaciones independientes previas sobre las posibles repercusiones positivas y negativas que las inversiones puedan tener en los derechos de tenencia, la seguridad alimentaria y la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada, los medios de vida y el medio ambiente" (párr. 12.10).

Asimismo, las Directrices señalan que "[l]os actores no estatales, tales como las empresas comerciales, [...] deberían integrar los correspondientes sistemas de gestión de riesgos para prevenir y afrontar efectos adversos sobre los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia" (párr. 3.2).

Los legisladores que quieran evitar cualquier posible impacto negativo a futuro provocado por proyectos de inversión pueden incluir requisitos legales claros para la realización de evaluaciones de impacto ambiental y social en la legislación nacional respectiva. Dicha legislación puede regular el proceso, las modalidades, los plazos y las consecuencias de dichas evaluaciones, estableciendo la obligación de que se realicen en una etapa temprana de los proyectos de inversión; consideren opciones y planes alternativos que puedan reducir el riesgo y los impactos negativos; e incluyan

disposiciones relativas a la transparencia y la participación de los actores involucrados en el proceso (Cotula, 2014a).

A fin de garantizar la independencia de las evaluaciones del impacto, es decir, que no estén influenciadas por la parte que asume su costo, la legislación puede obligar a los inversionistas reservar fondos para su realización en una cuenta administrada de manera independiente y que se forme un comité imparcial integrado por los actores involucrados pertinentes, para la contratación y supervisión de los científicos sociales que llevarán a cabo las evaluaciones. Por último, la legislación puede exigir que los resultados de todas las evaluaciones de impacto ambiental y social se publiquen en un formato que el público local pueda entender fácilmente, en los idiomas locales, y en aquellas regiones con bajos índices de alfabetización, y se difundan a través de la radio y de otros medios de comunicación no escritos.

Algunos países, como Guinea-Bissau y la India, han aprobado leyes que establecen la obligatoriedad de realizar evaluaciones del impacto ambiental y social (véase el Recuadro 3.14).

En Guinea-Bissau, la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental n.º10/2010 sanciona la Normativa para la evaluación del impacto ambiental y establece el régimen y el marco jurídico a los que deben someterse los estudios y evaluaciones de impacto ambiental y social, y los requisitos para la obtención de licencias de explotación de recursos naturales.

En la India, la Ley del Derecho a la Compensación Justa y Transparencia en la Adquisición de Tierras, Rehabilitación y Reasentamiento de 2013 exige que se realice una evaluación de impacto social antes de que un organismo gubernamental adquiera tierras para fines de interés general. Los organismos gubernamentales deben consultar con el gobierno local correspondiente. La ley también contempla que se facilite información al público en los idiomas locales.

RECUADRO 3.14
Legislación nacional
que requiere
evaluaciones de
impacto social y
ambiental en Guinea-
Bissau y la India

3.3.6 Expropiación y compensación

La expropiación es el acto a través del cual los órganos del Estado obtienen derechos de tenencia para un fin de interés general sin el consentimiento voluntario de los titulares de derechos de tenencia correspondientes. Con frecuencia, es necesario expropiar los derechos de tenencia para fomentar el desarrollo económico y social y proteger el entorno natural. Por ejemplo, podría ser necesario disponer de ciertas tierras para la construcción de carreteras, líneas de ferrocarril, puertos y aeropuertos, hospitales y escuelas, e instalaciones eléctricas, hídricas y alcantarillado; para la reforma redistributiva, como se contempla en las Directrices (Secc. 15); y para la protección frente a inundaciones y la protección de los cursos de agua y las zonas frágiles desde el punto de vista medioambiental. En las Directrices se proporciona orientación general sobre la expropiación y la compensación, entre otras materias, como por ejemplo:

- los requerimientos de interés general;
- la valoración justa y la compensación rápida;
- la transparencia y participación en los procesos de expropiación;
- las opciones de apelación y revisión judicial, y
- el cumplimiento de la legislación en materia de derechos humanos.

“Los Estados solo deberían proceder a expropiaciones cuando los derechos a la tierra, la pesca o los bosques sean necesarios para un fin de interés general. Los Estados deberían definir claramente el concepto del fin de interés general en sus legislaciones a efectos de permitir su examen por los tribunales de justicia” (párr. 16.1).

“Los Estados deberían respetar a todos los titulares legítimos de derechos de tenencia, en particular los grupos vulnerables y marginados, adquiriendo los recursos mínimos necesarios y ofreciendo con prontitud una compensación justa de acuerdo con el derecho nacional” (párr. 16.1).

“Cuando se consideren justificados los desalojos por un fin de interés general como resultado de la expropiación de tierras, pesquerías o bosques, los Estados deberían realizar los desalojos y tratar a todos los afectados de manera coherente con sus obligaciones pertinentes de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos” (párr. 16.7).

RECUADRO 3.15
Disposiciones
específicas de las
Directrices sobre
expropiación y
compensación

El Recuadro 3.15 contiene ejemplos de disposiciones de las Directrices relativas a la formulación de leyes.

Contar con legislación clara y bien redactada permitiría reducir los conflictos asociados a procedimientos de adquisición obligatoria y garantizar que las condiciones en las que queden las partes involucradas se asemejarán o podrían incluso ser mejores a las que existían antes de la expropiación. Para facilitar la aplicación de las recomendaciones de las Directrices, los legisladores pueden redactar leyes que cumplan los siguientes criterios (véase FAO, 2009a):

- Definir claramente los fines públicos para los cuales el gobierno podría adquirir derechos de tenencia de forma obligatoria.
- Establecer procedimientos justos y transparentes para la adquisición de derechos de tenencia y la entrega de compensaciones razonables.
- Establecer mecanismos que permitan asegurar que se restablecerán o mejorarán los medios de vida, más allá de compensaciones pecuniarias, ya que la expropiación puede producir un impacto mayor al valor efectivo del bien sustraído.
- Establecer medidas para permitir a las partes afectadas expresar su opinión durante todo el proceso, incluso durante la etapa de planificación. La participación de las partes afectadas permitirá al adquirente tener plenamente en cuenta consideraciones culturales, sociales y ambientales de las comunidades locales y establecer medidas de prevención o mitigación para los aspectos negativos del proyecto.
- Exigir que se dé aviso con anticipación del proyecto previsto a todas las personas que pudieran resultar afectadas. A fin de garantizar que todas las partes afectadas sepan de la existencia del proyecto, se debería dar la máxima difusión posible a la notificación. Esta información debe difundirse en periódicos de circulación masiva y en programas de radio y televisión, y de manera fácilmente comprensible: un aviso legal no se puede considerar notificación efectiva si los destinatarios no lo entienden. La información debería entregarse en los idiomas locales y, en zonas con altos índices de analfabetismo, en forma tanto escrita como oral.
- Establecer la obligatoriedad de llevar a cabo audiencias públicas para que las partes interesadas puedan impugnar aspectos del proyecto planificado y requerir la rendición de cuentas de los planificadores y autoridades de gobierno ante los ciudadanos. La hora, día y lugar en que se realizará la audiencia pública debe ser conveniente tanto para los hombres como para las mujeres. Además, se deben realizar en el idioma local.
- Establecer que recibirán compensación quienes posean derechos legítimos de tenencia, estén estos registrados o no. Las comunidades con derechos legítimos basados en sistemas de tenencia de carácter consuetudinario o indígena deben recibir compensación no solo por la tierra y las mejoras en ella, sino también por los costos de sustitución de todos los recursos que se obtienen de la tierra de la que depende su supervivencia diaria.

- Permite a todos actores involucrados ejercer el derecho de interponer recurso de apelación de resoluciones de expropiación. La legislación también debe garantizar que todos los procedimientos de apelación sean comprensibles y simples, con opción de interponer recursos de apelación de manera oportuna y sin restricciones ante un organismo independiente, derecho que incluye la posibilidad de interponer recursos de apelación por retraso en el pago sin causa justificada. La legislación debe exigir que el tribunal o el organismo revisor emita sus sentencias de forma transparente y pública y que los trámites tengan un costo mínimo o sin costo para demandantes en situación de indigencia.

Las normas internacionales brindan orientación respecto de los múltiples y variados activos por los que se debería ofrecer compensación como parte de los procesos de expropiación, incluidos los bienes sujetos a sistemas consuetudinarios de tenencia (véase el Recuadro 3.16).

RECUADRO 3.16
Compensación
por derechos
consuetudinarios
de tenencia

La Síntesis del manual de reasentamiento: una guía de buenas prácticas (1998) publicada por el Banco Asiático de Desarrollo establece que se puede reclamar compensación por las siguientes pérdidas:

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • tierras agrícolas; • parcela residencial (de su propiedad u ocupada); • locales comerciales (de su propiedad u ocupados); • acceso a tierras forestales; • derechos de uso tradicionales; • tierras de pastoreo o comunitarias; • acceso a estanques de peces y lugares de pesca; • casas o alojamientos y otras estructuras físicas; • estructuras utilizadas en la actividad comercial/industrial; • desplazamiento desde locales comerciales alquilados u ocupados; | <ul style="list-style-type: none"> • ingresos por cosechas en pie; • ingresos por arrendamiento o aparcería; • ingresos salariales; • ingresos por empresas afectadas; • ingresos por cultivos arbóreos o de plantas perennes; • ingresos por productos forestales; • ingresos por estanques de peces y lugares de pesca; • ingresos por tierras de pastoreo; • subsistencia de alguna de estas fuentes; • escuelas, centros comunitarios, mercados, centros de salud; • santuarios, enclaves religiosos, lugares de culto y tierras sagradas; • cementerios y otros lugares de sepultura; • acceso a alimentos, medicamentos y recursos naturales procedentes de la tierra expropiada. |
|---|--|

La legislación nacional de algunos países también entrega pautas para los legisladores sobre cómo regular los procesos de expropiación (Recuadro 3.17).

En la India, la Ley del Derecho a la Compensación Justa y Transparencia en la Adquisición de Tierras, Rehabilitación y Reasentamiento de 2013 regula las adquisiciones de tierras, entre otras cosas, en lo que respecta los proyectos de asociación público-privada, y prevé la compensación, rehabilitación y reasentamiento de las personas afectadas. Un aspecto clave de esta ley es el carácter transparente y participativo del proceso. Existe el requisito de conseguir el consentimiento de un mínimo de 80% de las familias afectadas cuando la tierra es adquirida para proyectos privados, y de 70% cuando se destina a proyectos de asociación público-privada (Sección 2). El proceso de obtención del consentimiento se debe desarrollar en paralelo con una evaluación de impacto social, realizada en consulta con los municipios locales (Sección 4). Debe celebrarse una audiencia pública (Sección 5) y la evaluación debe darse a conocer al público (Sección 6). La evaluación debe analizar diferentes cuestiones, por ejemplo, si se ha considerado adquirir otras tierras si se determina que esta opción no resulta viable, o el impacto que probablemente producirá el proyecto en los medios de vida de las comunidades locales. La ley también incluye disposiciones detalladas que definen la forma de calcular la compensación (secciones 26 a 30 y Anexo 1).

El Ministerio de Desarrollo Rural presentó una propuesta de enmienda a dicha ley el 24 de febrero de 2015 (véase <http://www.prsindia.org/billtrack/the-right-to-fair-compensation-and-transparency-in-land-acquisition-rehabilitation-and-resettlement-amendment-bill-2015-3649/>).

RECUADRO 3.17
Legislación sobre
expropiación en la
India

Principales recomendaciones 3.3

- ✓ Las Directrices instan a los Estados a reconocer y respetar los derechos consuetudinarios legítimos de tenencia que no gocen actualmente de protección legal. Para ello, la legislación nacional debería:
 - reconocer y proteger la totalidad de los derechos legítimos de tenencia de un país;
 - disponer lo necesario para que los derechos legítimos de tenencia tengan la misma consideración y categoría que los derechos certificados y “oficiales”;
 - establecer procesos administrativos sencillos, claros, racionalizados, locales y fáciles de usar para que las comunidades rurales puedan recurrir a ellos a la hora de reclamar y defender sus derechos de tenencia;
 - proteger de forma explícita los derechos de tenencia de la mujer y establecer su derecho a ostentar o poseer derechos de tenencia;
 - cuando la tenencia se detenta o posee de forma compartida, conferir los derechos formales de tenencia a todos los miembros de la comunidad como grupo coherente;
 - proteger de forma explícita las zonas comunales, los derechos consuetudinarios de tránsito y otros derechos compartidos de uso de los recursos y acceso a ellos, y
 - equilibrar las protecciones de los derechos de tenencia de carácter consuetudinario e indígena con las disposiciones que favorecen la igualdad de género y el respeto de los derechos humanos.
- ✓ Si los Estados optan por implementar reformas redistributivas, la legislación nacional debería establecer los mecanismos necesarios para que los beneficiarios puedan alcanzar un estándar de vida adecuado explotando la tierra, la pesca y los bosques que adquieran.
- ✓ La legislación que exige transparencia en la administración de los derechos de tenencia puede contribuir a reducir la búsqueda de rentas, la corrupción y la mala gestión. Las normas eficaces sobre transparencia repercuten en todos los aspectos de la administración de tierras, incluida la divulgación correspondiente de los contratos de tenencia.
- ✓ Las Directrices instan a los Estados a asegurar que las inversiones sean coherentes con los principios de consulta y participación y a respetar el CLPI de los pueblos indígenas. La legislación debería requerir que el Estado consulte con todas las poblaciones afectadas antes de conceder derechos de tenencia a iniciativas de inversión, proyectos de infraestructura o actividades de conservación. Este proceso debería incluir mecanismos para garantizar que las consultas:
 - sean participativas e incluyan a una mayoría significativa de residentes de la comunidad;
 - se celebren en el idioma local y permitan a los miembros de la comunidad hacer todas las preguntas que quieran;
 - incluyan la divulgación de toda la información pertinente sobre el proyecto o la inversión prevista;
 - brinden a las comunidades la oportunidad real de rechazar el proyecto propuesto, y
 - se documenten y registren las conclusiones de manera adecuada, y deriven en acuerdos vinculantes entre los pueblos indígenas o las comunidades locales, el inversionista y, si corresponde, el gobierno de turno.
- ✓ La legislación también debería incluir requisitos legales claros y específicos para la realización de evaluaciones de impacto ambiental y social y para que sus resultados se publiquen en un formato tal que resulten fáciles de comprender por el público local.
- ✓ La legislación, si es clara y está bien redactada, puede contribuir a reducir los conflictos relacionados con la adquisición obligatoria y a garantizar que la situación en la que quedan las partes interesadas afectadas sea igual o mejor a la que existía antes de la expropiación. Para facilitar la aplicación de las recomendaciones de las Directrices, los legisladores pueden redactar la legislación de manera que:

- defina claramente los fines de interés general por los que el gobierno puede adquirir derechos de tenencia de forma obligatoria;
- establezca procedimientos justos y transparentes para la obtención de derechos de tenencia y para la entrega de compensaciones justas;
- establezca medidas para garantizar que los afectados puedan expresar su opinión durante todo el proceso, incluso durante la etapa de planificación;
- exija que se informe con mucha antelación sobre el proyecto previsto a todas las personas que puedan resultar afectadas por él;
- establezca las audiencias públicas como obligatorias; en ellas, las partes interesadas podrán cuestionar aspectos del proyecto planificado y requerir la rendición de cuentas de los planificadores y funcionarios gubernamentales ante los ciudadanos;
- requiera que se compense a toda persona que tenga derechos legítimos de tenencia, estén registrados o no, y
- proporcione a todas las partes interesadas el derecho de apelar las decisiones de expropiación.

4

**Asegurar
la efectividad
de la legislación**

4. Asegurar la efectividad de la legislación

En este capítulo se brinda orientación sobre enfoques que pueden aplicarse para garantizar la debida aplicación de las leyes nacionales que promueven las Directrices. También se entrega una reseña de diversas medidas y tácticas que pueden aplicar los profesionales del área jurídica para favorecer la gobernanza responsable de la tenencia. Reconociendo la enorme diversidad de opiniones respecto de la gobernanza de la tenencia que pueden tener los profesionales del área jurídica, este capítulo se centra en el rol que cumplen los profesionales que tienen algún cargo en la administración pública o colaboran con el gobierno, organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal y abogados comerciales. El papel que desempeñan los jueces se analiza en el Capítulo 5, que aborda el tema de la resolución de controversias.

En los últimos años, varios Estados han promulgado leyes que refuerzan significativamente los derechos de tenencia de los grupos vulnerables y marginados, entre otras cosas mediante la formalización de los derechos de tenencia y los sistemas de gobernanza de carácter consuetudinario e indígena. No obstante, estas leyes suelen aplicarse de manera parcial, en parte debido a los escasos recursos y capacidades, pero también porque algunos Estados se han centrado fundamentalmente en atraer inversión comercial en lugar de proteger los derechos de tenencia de personas de escasos recursos y vulnerables.

A fin de garantizar la correcta aplicación de las leyes que promueven la gobernanza responsable de la tenencia, es necesario analizar los factores institucionales, políticos y sociales que contribuyen al debilitamiento de la seguridad de la tenencia y la gobernanza. Este cambio positivo podría materializarse si se dispone de sistemas judiciales y administrativos imparciales que funcionen adecuadamente y si los ciudadanos son capaces de utilizar estos sistemas para proteger sus derechos de tenencia.

Además, los abogados que asesoran a empresas pueden contribuir significativamente a este cambio integrando las disposiciones de las Directrices en sus políticas y procesos institucionales y exigiendo a los Estados que cumplan dichas normas en la gobernanza de los procesos de inversión. De esta manera, la comunidad empresarial no solo podría reducir el riesgo de tenencia asociado a las inversiones basadas en recursos, sino también contribuiría a reforzar la seguridad de la tenencia de forma.

En las siguientes secciones se describe cómo los profesionales del área jurídica que trabajan para el Estado o colaboran con él, las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal y los abogados corporativos pueden incentivar la gobernanza responsable de la tierra, la pesca y los bosques. La única forma de aplicar correctamente las leyes nacionales que promueven la buena gobernanza de la tenencia es aunando los esfuerzos de todos estos grupos: la acción positiva de un único sector puede no basta para cumplir este objetivo.

4.1 El rol del Estado

La principal responsabilidad del Estado es la gobernanza responsable de la tenencia. Al Estado le corresponde garantizar el cumplimiento de las Directrices, y tiene el deber de garantizar la observancia del derecho internacional, incluido el derecho internacional de los derechos humanos y la gobernanza de la tenencia. Esta responsabilidad muchas veces requiere de la intervención directa de organismos gubernamentales, por ejemplo, en el contexto de los ejercicios de planificación del uso de los recursos, de la ordenación de tierras, pesquerías y bosques de propiedad pública, y de expropiaciones de derechos de tenencia. También para la regulación y fiscalización de las actividades de terceros, a objeto de proteger los derechos legítimos de tenencia y los derechos humanos frente a transgresiones por parte de particulares, empresas o grupos.

Para dar cumplimiento a esta responsabilidad, es fundamental garantizar la aplicación adecuada de las leyes que promueven la gobernanza responsable de la tenencia. Los Estados —que son los principales actores en la formulación de leyes (véase el Capítulo 3)— cumplen una función importantísima en su implementación. Idealmente, los funcionarios públicos se dedicarían permanentemente a fortalecer la gobernanza mejorando los sistemas e instituciones de gobernanza. Sin embargo, en los sistemas de gobernanza de la tenencia también suelen abundar obstáculos burocráticos y desigualdades estructurales, e incluso las mismas autoridades que intentan introducir o modificar los protocolos de gobernanza con frecuencia también se topan con serios inconvenientes.

Debido a estas complejidades, todo esfuerzo por reorganizar a las instituciones estatales para mejorar la gobernanza de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques debe llevarse a cabo de forma simultánea en todos los niveles gubernamentales y en múltiples ministerios, agencias y departamentos. Estos pueden consistir en nivelar las asimetrías de poder, simplificar los procedimientos para que los ciudadanos puedan tener acceso a ellos y aprovecharlos, armonizar los mandatos y procedimientos y eliminar obstáculos sistémicos. El éxito dependerá de la determinación, compromiso y voluntad política de todos y a todo nivel, incluso en las más altas esferas de gobierno. Dependiendo del contexto, la presión externa y la participación de los grupos ciudadanos pueden ayudar a impulsar o consolidar esa voluntad política.

Las iniciativas estatales para implementar legislación que mejore la gobernanza de la tenencia pueden incluir diversas acciones, entre ellas:

- asignar recursos públicos suficientes para la implementación de las leyes;
- crear conciencia entre el público y los funcionarios estatales sobre las leyes que fomentan la gobernanza responsable de la tenencia;
- tener en cuenta la importancia de las dimensiones y obligaciones extraterritoriales;
- armonizar la legislación y simplificar los procedimientos administrativos y judiciales;
- establecer e imponer mecanismos de lucha contra la corrupción, como sanciones penales, procedimientos de denuncia y oficinas de defensoría del pueblo;
- prestar especial atención a las necesidades de los grupos en situación de pobreza y marginalidad, y
- asegurarse de que el sistema judicial nacional y las autoridades responsables de dictar fallos en casos de disputas sobre la tenencia apliquen de manera adecuada las leyes nacionales que promueven la gobernanza responsable de la tenencia (véase el Capítulo 5).

En las siguientes secciones se examinan en profundidad algunas de estas acciones. La labor del Estado para que se aplique la ley puede incluir intervenciones en muchos y muy diversos ámbitos, sin embargo, la presente guía se centra en las dimensiones legales.

4.1.1 Asignación de los recursos necesarios para garantizar su aplicación

La adopción de nuevas leyes no es un fin en sí del proceso de perfeccionamiento de la gobernanza, sino solo el inicio. Para que las buenas leyes puedan generar algún cambio, tienen que aplicarse correctamente. La implementación de una ley puede tener consecuencias significativas en términos de recursos si, por ejemplo, establece nuevos órganos rectores, procedimientos y tecnologías necesarios para el registro, gestión y protección de reclamaciones de tenencia. Realizar un análisis financiero riguroso de los costos que tendría implementar la legislación propuesta puede facilitar la elaboración informada de leyes “viables”. Como se señala en el Capítulo 3, resultará más fácil adaptar la aplicación de legislación nueva a los contextos locales si las nuevas leyes se ponen a prueba primero habida cuenta de los eventuales costos.

Una vez aprobadas las leyes, es fundamental destinar los recursos financieros necesarios para poder implementarlas. Esto puede incluir los procesos de diseño de los instrumentos de aplicación necesarios (por ejemplo, normativas gubernamentales, circulares ministeriales y directrices) así como el apoyo a la creación y funcionamiento de las estructuras administrativas responsables de implementar la ley.

La responsabilidad de obtener los recursos necesarios para la aplicación de la ley recae principalmente en el gobierno y el fisco. En ciertos casos, también se pueden conseguir estos recursos a través de programas de asistencia para el desarrollo, en cuyo caso es fundamental establecer una coordinación efectiva entre las distintas iniciativas para respaldar o poner a prueba la aplicación de una nueva ley.

4.1.2 Crear conciencia sobre las leyes que fomentan la gobernanza responsable de la tenencia

Para que una ley pueda implementarse correctamente, los ciudadanos y las autoridades deben saber de su existencia, conocer su contenido y saber cómo recurrir a ella en la práctica. En este sentido, las Directrices instan a los Estados a asegurar que las personas cuyos derechos de tenencia han sido reconocidos o se les ha adjudicado nuevos derechos de tenencia tengan pleno conocimiento de sus derechos, así como de sus obligaciones (véase el Recuadro 4.1).

Para mantener informados a los ciudadanos, se debe publicar la legislación, por ejemplo y como mínimo, en el boletín oficial. Sin embargo, si la tasa de alfabetización entre los adultos es baja y existe limitado acceso a la documentación oficial, las autoridades públicas pueden aplicar medidas más proactivas para garantizar que la información llegue a los grupos vulnerables y en situación de pobreza, por ejemplo, traduciendo la ley a las lenguas que se hablan en el país, produciendo material explicativo de la ley en estas lenguas locales dirigido a personas analfabetas, y diseñando campañas masivas de sensibilización para radio y televisión, carteles, tiras cómicas, camisetas, teatro comunitario, Internet y otros materiales de comunicación.

De igual manera, para el desempeño de sus cargos los funcionarios públicos deben tener conocimiento de las leyes y la normativa vigente, los derechos ciudadanos y las medidas de protección especiales para determinados grupos vulnerables, y tener consciencia de la

RECUADRO 4.1
Disposición de las
Directrices sobre
educación jurídica
de los ciudadanos

7.5 “Los Estados deberían asegurar que las personas cuyos derechos de tenencia han sido reconocidos o aquellas a quienes se ha asignado nuevos derechos de tenencia tengan pleno conocimiento de sus derechos, pero también de sus obligaciones. Cuando sea necesario, los Estados deberían proporcionar a estas personas apoyo para que puedan disfrutar de sus derechos de tenencia y cumplir con sus obligaciones”.

responsabilidad que recae en ellos de proteger los derechos de los ciudadanos. Para ello, deberán recibir capacitación permanente y rigurosa de actualización de conocimientos de las leyes, la normativa vigente y los desafíos a los que se ven enfrentados los titulares de derechos de tenencia, en especial las mujeres y los grupos marginados. Existen experiencias interesantes que demuestran las ventajas de reunir a actores estatales y no estatales en programas conjuntos de capacitación (véase el Recuadro 4.2).

RECUADRO 4.2
Enfoque de
doble vía para el
empoderamiento
jurídico: propocionar
capacitación jurídica
a funcionarios
de gobierno y al
personal de las ONG
en Mozambique

Fuente: FAO, 2014e.

La FAO ha prestado apoyo al *Centro de Formação Jurídica e Judiciária* (CFJJ) del Ministerio de Justicia de Mozambique para la creación de un programa de educación jurídica sobre las nuevas leyes nacionales de tierras y recursos naturales en el país. Se preparó material de capacitación para jueces, funcionarios del gobierno central y distrital, y asistentes judiciales. Los funcionarios de gobierno local asistieron a cursos sobre asistencia judicial, junto con participantes de diversas ONG. Con este modelo se garantizaba que la capacitación fuera impartida por una institución estatal autorizada. La capacitación conjunta de funcionarios de ONG y del gobierno local (el denominado “enfoque de doble vía”), permitió que las dos partes, a menudo antagónicas, analizaran y debatieran juntos el material del curso, lo que les ayudó a su vez a crear mayor confianza entre ellos. Los funcionarios del gobierno local que recibieron esta capacitación recurren con frecuencia a los asistentes judiciales auspiciados por las ONG para resolver conflictos y controversias locales. La FAO recibió financiamiento del Reino de los Países Bajos para el programa durante varios años, y luego también del Reino de Noruega.

Esta intervención se realizó tras la *Campanha Terra*, una extensa campaña educativa sobre la Ley de Tierras de 1997 por la que 15 000 voluntarios (jóvenes, sacerdotes, pastores, evangelistas, profesores, trabajadores de extensión rural y personal de ONG) recibieron capacitación y fueron enviados después a comunidades rurales para dar a conocer a los pequeños productores sus nuevos derechos sobre la tierra. *Campanha Terra* diseñó y distribuyó 120 000 copias de tiras cómicas que ilustraban los temas centrales de la ley y la forma de resolver controversias con arreglo a ella, 3 000 cintas de audio con textos dramatizados de las tiras cómicas, 10 000 copias de un manual explicativo para usuarios con bajo nivel de alfabetización que acompaña al texto de la ley sobre tierras, y 500 carteles con representaciones gráficas de los aspectos centrales de la ley. Todo el material se publicó en portugués y en más de 20 dialectos locales.

Si las funciones públicas son realizadas por autoridades que no forman parte del aparato estatal, por ejemplo, líderes tradicionales que participan en la gestión de los derechos de tenencia, se deben gestionar iniciativas de fortalecimiento de capacidades dirigidas a ellos. (véase el Recuadro 4.3).

RECUADRO 4.3
Capacitación de
líderes locales
para garantizar
fallos judiciales
imparciales en
Kenya

Fuente: Landesa, Tetra Tech
 ARD y USAID, 2013.

El proyecto de justicia de Kenya desarrollado por Landesa incluía capacitación en cultura y competencias jurídicas para dirigentes locales mandatados a resolver controversias relacionadas con la tierra. Grupos de ancianos y líderes recibieron capacitación en diferentes temas, como justicia, estado de derecho y gobernanza; el sistema de justicia nacional y el rol de las instituciones de justicia consuetudinaria; y los derechos y responsabilidades constitucionales de los ciudadanos y el gobierno en relación con la tierra y los bosques, con particular énfasis en los derechos sobre la tierra de las mujeres y los niños. Algunos participantes tuvieron la oportunidad de asistir a juicios relacionados con la tierra en un juzgado de paz cercano para ver de primera mano y analizar las similitudes y diferencias entre los sistemas de justicia formales e informales.

Los resultados de la evaluación del proyecto indican que los ancianos y los líderes que fiscalizan la justicia consuetudinaria se mostraron dispuestos a reconocer y aplicar los nuevos derechos constitucionales del país, incluidos los derechos de la mujer sobre las tierras. Se prestó particular atención a la igualdad de género en los reglamentos comunitarios, la elección de mujeres ancianas para encargarse de la resolución de controversias sobre la tierra junto con hombres ancianos y el requisito más común de tener que contar con el consentimiento escrito del cónyuge para que sea aprobada la venta o el arrendamiento de tierras.

4.1.3 Agilizar los procedimientos administrativos y judiciales

Los procesos engorrosos de administración de la tenencia pueden dificultar aún más el ejercicio de los derechos de tenencia. También pueden obstaculizar la aplicación de las leyes de tenencia. Por ejemplo, los trámites de registro de la tenencia pueden requerir múltiples formularios, la firma de múltiples funcionarios estatales de diferentes oficinas, el pago de aranceles y la presentación de pruebas escritas específicas sobre las reclamaciones de tenencia propia, entre otras cosas. Por ello, el proceso de registro de la tenencia puede avanzar de forma irregular y tardar años, además de abrir la puerta a la búsqueda de rentas y malos manejos.

Otros obstáculos que pueden entorpecer el registro de reclamaciones sobre tenencia incluyen: el alto costo de contratar a un abogado para todos los trámites asociados; las barreras lingüísticas debido al hecho de que los formularios y procesos legales solo estén disponibles en el idioma oficial del país; los problemas asociados al analfabetismo que impiden que personas vulnerables y marginadas puedan rellenar los formularios y reunir la documentación necesaria, y el difícil acceso a las oficinas de gobierno ubicadas en los centros urbanos, lejos de las zonas en las que viven los grupos vulnerables o marginados. Para solucionar estos problemas se requieren acciones en múltiples niveles.

Las leyes y la normativa para su implementación deberían establecer procedimientos sencillos y sin ambigüedades, y definir con claridad los derechos y responsabilidades de todos los actores clave. También deberían desechar cualquier requisito innecesario y reducir la burocracia administrativa estableciendo procedimientos simplificados, asequibles y fáciles de realizar por todos los titulares de derechos de tenencia, incluso las personas pobres y vulnerables.

Si procede, el Estado debería descentralizar los poderes y las responsabilidades a fin de mejorar la accesibilidad. La descentralización de la administración del Estado puede acercar más el sistema judicial a los pobres. Para esto, podría ser necesario conceder facultades a organismos gubernamentales locales o prestar apoyo en los acuerdos de gestión conjunta con vistas a promover la aplicación de la legislación nacional (véase el Recuadro 4.4).

Con la aprobación de la Ley de Pesca N.º 3/NA de 2009, la República Democrática Popular Lao se apartó del régimen de acceso libre y abierto a zonas pesqueras. Sin embargo, el Gobierno central no contaba con la capacidad necesaria para manejar la pesca de manera centralizada. La ley contiene disposiciones legales que formalizan las iniciativas de gestión conjunta al sentar las bases para la creación de comités de ordenación pesquera para determinados cuerpos de agua, como ríos, arroyos y embalses. La ley también contempla la definición de las competencias de estos comités y quiénes deben integrarlos (representantes de asociaciones de pescadores, organizaciones sociales, organizaciones pesqueras y el gobierno local. Asimismo, sienta las bases para que sean las autoridades de las aldeas las que aprueben la normativa que rige la pesca local y determina que dicha normativa debe ser elaborada en consulta con los comités de ordenación pesquera.

RECUADRO 4.4 La Ley de Pesca de la República Democrática Popular Lao

Fuente: FAO, 2009b.

No obstante, si el proceso no se realiza de forma correcta, la descentralización puede abrir el camino a la apropiación por parte de las élites y a la corrupción, así como plantear problemas en términos de capacidades. Un marco jurídico claro debería definir cómo se designarán las responsabilidades, el financiamiento y las facultades de los distintos estamentos del Estado. También se deberían tomar las precauciones necesarias para garantizar que la descentralización no termine aumentando la corrupción a nivel local y la apropiación por las élites.

RECUADRO 4.5
Disposiciones de
las Directrices en
materia de registros
de derechos de
tenencia

La gobernanza responsable de la tenencia depende de la capacidad de la ciudadanía de acceder a la información sobre el quehacer y las políticas del Estado. Las Directrices instan a los Estados a facilitar sistemas de registro de los derechos de tenencia a fin de mejorar su seguridad y permitir a toda persona registrar sus derechos de tenencia y obtener información, sin discriminación de ningún tipo (véase el Recuadro 4.5 y tenga presente que la FAO está elaborando actualmente una guía técnica sobre el registro de los derechos de tenencia y las parcelas).

17.1 “Los Estados deberían poner en marcha unos sistemas (tales como el registro, el catastro y los sistemas de licencias) para registrar los derechos individuales y colectivos de tenencia con la finalidad de aumentar la seguridad de tales derechos, entre ellos los de titularidad pública, privada y de los pueblos indígenas y otras comunidades con sistemas tradicionales de tenencia, y para facilitar el funcionamiento de las sociedades locales y de los mercados. Los sistemas deberían registrar, mantener y difundir derechos y deberes de tenencia, así como los titulares de los derechos y deberes, las parcelas o explotaciones de tierra, pesquerías o bosques que guardan relación con tales derechos y deberes”.

17.3 “Los Estados deberían tratar de garantizar que todos puedan registrar sus derechos de tenencia y obtener información sin discriminación basada en criterio alguno. En las zonas en que fuese apropiado, los organismos de ejecución, tales como los registros de tierras, deberían poner en funcionamiento centros u oficinas móviles, velando por que las mujeres, los pobres y los grupos vulnerables puedan acceder a ellos. Los Estados deberían considerar recurrir a los servicios de profesionales tales como abogados, notarios, agrimensores y especialistas en ciencias sociales para suministrar al público una información sobre los derechos de tenencia”.

Por consiguiente, las leyes deberían establecer que, en principio, los registros de administración de la tenencia deberían estar a disposición del público, sin discriminación de ningún tipo, sujeto solo a consideraciones de privacidad. El público también debería tener acceso a copias impresas de las leyes y normativas, revisar los archivos, solicitar información sobre cómo se tomaron las decisiones relativas a la tenencia localmente, leer las transcripciones de las audiencias y reuniones oficiales pertinentes y examinar por otros medios los procesos de toma de decisiones estatales; nuevamente sujeto solo a consideraciones de privacidad.

Los Estados deben comprometerse a prestar apoyo y asistencia a las personas de escasos recursos y marginadas para que puedan ejercer sus derechos de tenencia. También pueden ayudar a los grupos vulnerables a manejarse en los sistemas jurídicos formales mediante la creación de servicios de apoyo específicos, por ejemplo, centros de asesoramiento jurídico o talleres de capacitación para los demandantes en las mismas oficinas de gobierno. Asimismo, pueden establecer la obligación para todos los abogados de dedicar una determinada cantidad de horas al año a servicios jurídicos *pro bono* a personas o grupos pobres y marginados, o apoyar financieramente a alguna ONG que ofrezca servicios jurídicos gratuitos (véase el Recuadro 4.6).

RECUADRO 4.6
Trabajo jurídico
***pro bono* obligatorio**
en Sudáfrica

Fuente: Penal Reform International y Bluhm Legal Clinic de la Facultad de Derecho de la Universidad Northwestern, 2007.

El *Cape Law Society* es el órgano estatutario encargado de tutelar la profesión jurídica en las regiones occidental, oriental y septentrional del Cabo en Sudáfrica. De conformidad con el artículo 21 de las normas de dicha sociedad, todos los miembros que están ejerciendo la profesión (salvo los mayores de 60 años que han ejercido durante 40 años como mínimo) están obligados a trabajar por lo menos 24 horas *pro bono* al año a beneficio de quienes no pueden asumir el costo de ese servicio.

4.1.4 Establecimiento de mecanismos sólidos de combate a la corrupción

La corrupción socava la calidad de la gobernanza de la tenencia, así como el registro y la defensa de los derechos legítimos de tenencia. Los servicios a los que toda persona debería tener acceso por derecho propio pueden utilizarse a cambio de ciertos beneficios. Esto

puede suceder en las esferas más altas de la toma de decisiones, por ejemplo, en relación con concesiones a gran escala de derechos de tenencia para proyectos comerciales. Sin embargo, la corrupción también puede tener manifestaciones menores, por ejemplo, cuando administradores de bajo nivel con bajos salarios exigen coimas para cada uno de los trámites exigidos (Transparencia Internacional y FAO, 2011). La corrupción entorpece la correcta implementación de las leyes que promueven la gobernanza responsable de la tenencia.

Las Directrices prestan mucha atención a la lucha contra la corrupción. La prevención de la corrupción es uno de los “principios generales” de las Directrices, las cuales también incluyen varias disposiciones en relación al tema (véase el Recuadro 4.7).

Los Estados que quieran poner fin a la corrupción y la búsqueda de rentas pueden emprender las siguientes acciones, entre otras:

- ratificar e implementar los convenios y convenciones internacionales de lucha contra la corrupción, incluida la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción;
- imponer requisitos de declaración de activos para los ministros y funcionarios públicos de alto rango;
- reformar los procedimientos a fin de eliminar los obstáculos innecesarios que abren las puertas a la corrupción y fomentar la transparencia en todos los niveles de la toma de decisiones;
- hacer públicos los registros de administración de tierras, sujeto solo a consideraciones de privacidad;
- crear procedimientos expeditos de denuncia, defensorías del pueblo y procesos de apelación, para posibilitar la notificación inmediata de la corrupción, y
- establecer sanciones penales y mecanismos eficaces para dar cumplimiento a dichas sanciones y enjuiciar a los funcionarios corruptos.

La guía técnica de la FAO sobre registro de derechos de acceso que se encuentra en proceso de elaboración aborda la forma en que se pueden incorporar medidas de lucha contra la corrupción a los sistemas y servicios de registro.

RECUADRO 4.7
Disposiciones
pertinentes de las
Directrices en materia
de prevención de la
corrupción

3A.1.5 “[Los Estados d]eberían tratar de impedir la corrupción en todas sus formas, en todos los niveles y en todos los ámbitos”.

6.9 “Los Estados y los actores no estatales deberían tratar de impedir la corrupción con respecto a los derechos de tenencia. Los Estados deberían conseguir este objetivo especialmente a través de la consulta y la participación, el imperio de la ley, la transparencia y la rendición de cuentas. Los Estados deberían adoptar y aplicar medidas para combatir la corrupción, tales como el establecimiento de controles y equilibrios, la limitación del uso arbitrario del poder, la resolución de los conflictos de intereses y la adopción de normas y reglamentos claros. Los Estados deberían facilitar la revisión administrativa o judicial de las decisiones de los organismos de ejecución. Los empleados que trabajen en la administración de la tenencia deberían rendir cuentas de sus actos. Se les deberían proporcionar los medios para desempeñar con eficacia sus funciones. Deberían gozar de protección ante las interferencias en sus funciones y ante las represalias por la denuncia de actos de corrupción”.

Véanse también los párrafos **8.9, 9.12, 10.5, 11.7, 15.9, 16.6, 17.5, 18.5, 19.3, 20.4 y 21.5**.

4.1.5 Atención especial a las necesidades de grupos pobres y marginados

La gobernanza responsable de la tierra, la pesca y los bosques conlleva la creación de apoyos especiales para los derechos de tenencia de grupos pobres y marginados o de grupos que han presentado reclamaciones sobre tenencia particularmente vulnerables. Dependiendo del contexto, éstos podrían incluir personas de bajos ingresos, mujeres, jóvenes, pastores o migrantes.

Debido a que para algunos grupos se les hace particularmente difícil el acceso a procedimientos judiciales, las leyes neutras podrían no bastar para abordar sus necesidades y, de hecho, podrían tener consecuencias discriminatorias no intencionadas. La legislación

puede establecer salvaguardas y excepciones para que los grupos vulnerables puedan superar las barreras sistémicas. Por ejemplo, la legislación secundaria en materia de registros de derechos de tenencia podría incluir disposiciones que obliguen a los funcionarios públicos a ayudar a demandantes analfabetos a completar los formularios o que se les exima del pago de los costos de dichos trámites.

También se debe prestar especial atención a la cuestión de género (véase el Recuadro 4.8). Las leyes podrían exigir —y los formularios de registro podrían posibilitar— que se inscriba oficialmente a los titulares de derechos de tenencia tanto hombres como mujeres; y, si solamente se registra un titular de derechos, el formulario podría contener un espacio específico para explicar el motivo. La contratación de un mayor número de mujeres en las instituciones de administración y gestión de tierras, así como la creación de equipos de funcionarias para trabajar exclusivamente con las mujeres que quieran registrar sus reclamaciones sobre tenencia, también puede mejorar la capacidad de respuesta del sistema de administración de la tenencia a las inquietudes y pretensiones de las mujeres.

RECUADRO 4.8
Bosques comunitarios de mujeres en Nepal

Fuentes: Agarwal, 2009;
Gobierno de Nepal, 2013.

En Nepal, las iniciativas en torno a la silvicultura comunitaria se han orientado a aumentar la representación de la mujer en puestos de toma de decisiones de grupos de usuarios de bosques comunitarios. Sin embargo, los hombres siguen teniendo mayor representación. Por ejemplo, entre el 80 y el 85% de los integrantes de los grupos de usuarios de bosques comunitarios son hombres (Gobierno de Nepal, 2013). Además de las prohibiciones sociales, la participación de la mujer se mantiene baja porque normalmente son los jefes de hogar quienes se inscriben como miembros de estos grupos. Este sesgo en el registro perjudica la participación de la mujer en la toma de decisiones, en especial en lo que concierne los procesos de voto en los que solo pueden participar los miembros oficiales. Las Directrices aprobadas en 2009 requieren el registro de los dos cónyuges, lo que estaría generando una mayor participación de mujeres en la toma de decisiones (Gobierno de Nepal, 2013). Además, las nuevas directrices exigen que las mujeres ocupen el 50% de los cargos de representación en los comités ejecutivos, no obstante, todo parecería indicar que la aplicación de estas directrices no siempre genera mayor participación de la mujer en la toma de decisiones. Algunos proyectos comenzaron a crear grupos de usuarios de bosques comunitarios compuestos exclusivamente por mujeres, hasta llegar a los 839 (6%) en 2009, distribuidos en 67 distritos. Los estudios realizados indican que estos grupos exclusivos de mujeres, pese a recibir terrenos forestales mucho más pequeños y degradados, presentaban mejores resultados que otros grupos al mostrar mayor regeneración y mejor cubierta forestal (Agarwal, 2009). Estos resultados se atribuyen a la contribución de la mujer a una mejor protección forestal, el cumplimiento de las directrices y el establecimiento de normas más estrictas, a pesar de las dificultades personales que deben enfrentar. Otros factores determinantes serían las oportunidades que se han ido abriendo para las mujeres con el fin de aprovechar sus conocimientos sobre especies de plantas y métodos de extracción del producto, así como la mayor colaboración que existe entre ellas.

La responsabilidad del Estado es mucho mayor cuando algún grupo en situación de pobreza y marginalidad entra en contacto con agentes más poderosos, por ejemplo, cuando un gran inversionista adquiere derechos de tenencia para proyectos comerciales. En estos casos, las autoridades públicas deberían respaldar a las comunidades durante las negociaciones con los inversionistas y durante todo el proceso. Dependiendo del contexto, este apoyo podría consistir en:

- prestar asistencia jurídica a las comunidades durante las negociaciones con los inversionistas;
- garantizar que existen mecanismos que obligan a los inversionistas a rendir cuentas por los beneficios que se había acordado recibirían las comunidades, y
- establecer sanciones eficaces, incluida la rescisión de los contratos entre los inversionistas y el Estado, cuando los primeros incumplan las obligaciones previstas en los acuerdos celebrados entre la comunidad y el inversionista.

4.1.6 Consideración de la pertinencia de las dimensiones y obligaciones extraterritoriales

El Estado no solo debería adoptar medidas para mejorar la gobernanza de la tenencia localmente, también puede tener injerencia en las transacciones en materia de tenencia que se llevan a cabo en el extranjero. Las Directrices señalan que, cuando se trata de sociedades transnacionales, los Estados de origen tienen un “rol que cumplir” en ayudar tanto a las empresas como al Estado de acogida con el fin de asegurar que las empresas no estén involucradas en abusos contra los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia. Además, los Estados deberían adoptar medidas adicionales para ofrecer protección ante violaciones a los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia cometidos por empresas comerciales que sean propiedad o estén bajo control del Estado, o que reciban apoyo y servicios importantes de organismos estatales (párr. 3.2).

Las medidas de los países de origen orientadas a fomentar y regular la inversión en el extranjero pueden contribuir a promover en otros países inversiones agrícolas responsables que cumplen con las Directrices. Un estudio realizado por la FAO de un grupo de países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) muestra que muchos países desarrollados han reforzado recientemente sus marcos reglamentarios y han creado incentivos para la promoción de una conducta empresarial responsable. Algunos de ellos exigen ahora que las empresas que son propiedad del Estado, o que están controladas o respaldadas por él, respeten las Directrices (FAO, próxima publicación). En el Recuadro 4.9 se presentan algunas de esas medidas.

Uno de los primeros órganos del Estado en aplicar de forma específica los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos fue la Agencia de garantías crediticias a la exportación de Noruega (Garantiinstituttet for Eksportkreditt, GIEK).

En Dinamarca, a las empresas públicas se les exige adherirse al Pacto Mundial de las Naciones Unidas y a los Principios del CSA.

Alemania ha elaborado un conjunto de principios para los inversionistas regulados por el gobierno con una misión internacional que trasciende las normas internacionales relativas a los derechos de tenencia y exigen el reconocimiento del derecho humano al agua y el CLPI obligatorio de todas las comunidades afectadas.

La Agencia Francesa para el Desarrollo utiliza las Directrices como salvaguarda cuando las inversiones afectan los derechos de tenencia.

RECUADRO 4.9

Medidas emprendidas en Alemania, Dinamarca, Francia y Noruega

Fuente: FAO, próxima publicación.

Se ha generado un gran debate en torno al alcance de la obligación de los Estados de origen de adoptar medidas. Los tratados regionales y mundiales establecen obligaciones extraterritoriales para la lucha contra la corrupción, y varios países han aprobado leyes que sancionan a funcionarios gubernamentales extranjeros corruptos. En lo que respecta al derecho internacional sobre derechos humanos, especialistas jurídicos procedentes de diferentes partes del mundo aprobaron en 2011 los Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales con el objetivo de reformular el derecho internacional vigente de los derechos humanos relativo a las obligaciones extraterritoriales. Además, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), que es el organismo encargado de supervisar la aplicación del PIDESC, emitió recientemente un recordatorio para varios Estados sobre sus obligaciones extraterritoriales con respecto a los proyectos realizados en el extranjero y financiados por un fondo de pensiones estatal (CDESC, 2013a) y a la supervisión de las empresas nacionales que operan fuera del territorio nacional (CDESC, 2013b).

Principales recomendaciones 4.1

- ✓ Cuando las leyes sean aprobadas o enmendadas, los Estados deberían asignar los recursos fiscales necesarios para sacar adelante las reformas legislativas.
- ✓ Los Estados deberían crear mayor conciencia entre la ciudadanía y los funcionarios públicos sobre las leyes que promueven la gobernanza responsable de la tenencia.
- ✓ Los Estados deberían armonizar la legislación y simplificar los trámites administrativos y judiciales, entre otras cosas, imponiendo cargas burocráticas razonables y promoviendo la transparencia en los procedimientos y registros sobre tenencia.
- ✓ Los Estados deberían establecer mecanismos de lucha contra la corrupción y aplicarlos estrictamente, como sanciones penales, procedimientos de denuncia y oficinas de defensoría del pueblo.
- ✓ Es importante prestar especial atención a las necesidades de los grupos en situación de pobreza y marginalidad, entre otras cosas, facilitando su acceso a los sistemas judiciales y las protecciones de derechos formales, contratando más mujeres en las instituciones de administración y manejo de tierras, garantizando que se incluyan los nombres de ambos cónyuges y sus dependientes en los registros oficiales de propiedad familiar, y capacitando a las autoridades en las leyes nacionales que protegen los derechos de tenencia de las mujeres.

4.2 El rol de las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal

La aplicación de las leyes sobre gobernanza responsable de la tenencia no puede depender únicamente de iniciativas estatales. Los ciudadanos deben estar facultados para reclamar y defender sus derechos de tenencia y para exigir que los organismos estatales mejoren los requisitos formales y procedimientos administrativos. Puede que los mismos ciudadanos tengan que exigir estos cambios, ejerciendo presión constante, luchando para modificar el panorama político y asumiendo una actitud más proactiva para exigir que se reconozcan sus reclamaciones de tenencia, se cumplan las leyes que protegen sus derechos y se observen las Directrices.

Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal desempeñan un rol importante en la gobernanza responsable de la tierra, la pesca y los bosques. Los abogados, asistentes judiciales, estudiantes de derecho, gestores comunitarios, promotores de políticas públicas y otros expertos técnicos prestan ayuda a los ciudadanos en su demanda de que el gobierno actúe con transparencia y rinda cuentas por la gobernanza responsable, la justicia y el estado de derecho (véanse los Recuadros 4.10 y 4.11). Los proveedores de servicios jurídicos pueden utilizar sus conocimientos sobre el funcionamiento de los sistemas administrativos y su legitimidad como defensores judiciales para ayudar a las personas y comunidades vulnerables y perjudicadas a acceder a los sistemas jurídicos formales y a manejarse dentro de ellos, para que puedan reclamar los derechos de tenencia que les pertenecen y que se falle a su favor.

Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal también pueden velar por que los agentes y organismos estatales se rijan por mandatos legales que favorezcan a los pobres, recordándoles cuáles son los reglamentos que van en directo beneficio de la población de escasos recursos, fiscalizando los procesos de administración y actuando de “guardianes” para atestiguar que los funcionarios gubernamentales están respetando las leyes vigentes. Su ayuda resulta especialmente necesaria para respaldar los derechos de tenencia de las personas y comunidades vulnerables en contextos caracterizados por asimetrías en términos de las facultades que puedan ejercer y las desigualdades en el poder de negociación.

Un asistente judicial es una persona con formación básica en asuntos jurídicos, que presta asistencia a personas y grupos de escasos recursos y marginados para que puedan acceder a la justicia. Las labores que realizan pueden ser muy variadas, al igual que los sistemas regulatorios y de supervisión de dicha profesión. Emplear los servicios de un asistente judicial para defender derechos sobre las tierras de la población rural pobre tiene muchas ventajas:

- Los asistentes judiciales facilitan el acceso a la justicia, ya que prestan servicios jurídicos a comunidades que de otro modo, no tendrían la posibilidad de consultar abogados. Suelen trabajar (y vivir) en las comunidades pobres a las que prestan servicios.
- Los asistentes judiciales suelen tener mayor cercanía con la comunidad. Por lo general, pertenecen a la comunidad donde trabajan, por ende tienen una conexión personal con ella, conocen las dificultades a las que se enfrenta la población rural y entienden mejor la cultura local y sus dinámicas sociales. Esto puede generar mayor confianza y la percepción de que la defensa judicial es más asequible.
- Los asistentes judiciales normalmente disponen de un conjunto de herramientas más amplio. Dado que no son abogados, pueden aprovechar una gama mayor de herramientas de promoción y realizar labores adicionales ajenas a las actividades típicas de los servicios jurídicos, por ejemplo, pueden trabajar en colaboración con los líderes tradicionales para resolver controversias relacionadas con tierras o pueden organizar a los miembros de la comunidad para entablar acciones colectivas.
- Los asistentes judiciales ofrecen más mano de obra por menos dinero. Las organizaciones de servicios jurídicos pueden contratar a varios asistentes judiciales por menos de lo que cuesta contratar a un abogado. Al poder ofrecer un servicio a bajo costo que complementa los costosos servicios de un abogado, los asistentes judiciales permiten aumentar la capacidad de las organizaciones de servicios jurídicos de atender a la población pobre.
- Los asistentes judiciales tienden puentes entre las instituciones judiciales tradicionales y las oficiales, y pueden aprovechar sus recursos y colaborar con ellas indistintamente, dependiendo de las necesidades de la causa que están defendiendo. La importancia que los asistentes judiciales le atribuyen a la reconciliación mediante el diálogo y la mediación está en consonancia con algunos enfoques tradicionales en lo que respecta la administración de justicia.
- Los asistentes judiciales aplican estrategias que pueden contribuir aún más al empoderamiento. Para ello, utilizan herramientas como la organización y educación comunitaria que resultan más efectivas que el trabajo jurídico formal de los abogados. Los asistentes judiciales se preparan para trabajar mano a mano con sus clientes en la búsqueda de soluciones a problemas jurídicos, aumentando la capacidad de acción de los clientes.

Sin embargo, los asistentes judiciales deben actualizar sus conocimientos y ser supervisados constante y permanentemente, desde que comienzan a ejercer su actividad. Los abogados, cuya formación técnica y profesional forma parte integral de una defensa jurídica efectiva, necesitan de los servicios de los asistentes judiciales. Deben existir criterios que permitan ofrecer garantías de que los asistentes judiciales defenderán los intereses de sus comunidades, incluidos los más pobres y marginados, y para enfrentar los desafíos que puedan surgir en la relación asistente judicial-líder local.

RECUADRO 4.10

Ventajas de los asistentes judiciales

Fuentes: Maru, 2006; FAO, 2014e.

El *Centre pour l'Environnement et le Développement* (CED) del Camerún lanzó en 2001 un programa de asistencia jurídica para comunidades de base con el fin de prestar apoyo a comunidades indígenas del sur del país en el ejercicio y defensa de sus derechos de tierras y bosques. Sin embargo, se hizo evidente que los asistentes judiciales no dominaban bien la compleja legislación y las normativas forestales nacionales y otras leyes conexas. En respuesta a esta situación, el CED lanzó un programa de formación de jóvenes abogados, conocido como el proyecto *Community Legal Field Workers* (Trabajadores comunitarios del área jurídica o CLFW, por su sigla en inglés), con el objetivo de ofrecer capacitación a estudiantes de derecho recién egresados sobre los contextos rurales e indígenas y el funcionamiento en la práctica de las leyes de bosques y recursos naturales. Concluida la formación inicial, los participantes fueron a terreno en compañía de asistentes jurídicos que ya ejercían en la comunidad o se unieron a equipos móviles para trabajar bajo la supervisión de un grupo pequeño de abogados expertos. El acuerdo resulta efectivo debido a que los asistentes judiciales aportan sus conocimientos del contexto local mientras que los abogados recién egresados aplican sus conocimientos sobre la legislación del Camerún y aprovechan su condición de abogado para tratar con autoridades locales y representantes de empresas.

RECUADRO 4.11

Trabajo conjunto de asistentes jurídicos y abogados jóvenes en apoyo a las comunidades indígenas en el Camerún

Fuentes: Nguiffo y Djeukam, 2008; Nguiffo, 2012.

Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal ofrecen una diversidad de servicios, entre otros:

- capacitación para el empoderamiento jurídico y en cultura jurídica, impartida por asistentes judiciales, abogados recién egresados, centros de asistencia jurídica, caravanas de información jurídica u otros enfoques;
- petición de reformas legislativas y formulación de las enmiendas correspondientes, cuando surjan problemas o la ley no regule el tema de manera adecuada;
- apoyo al trazado de mapas, la documentación y el registro de derechos legítimos de tenencia, incluidos los derechos de tenencia de carácter consuetudinario e indígena de personas y comunidades;
- apoyo a las comunidades en la elaboración, adopción y aplicación de normas y planes de ordenación de recursos naturales para garantizar la gobernanza responsable de sus tierras, la pesca y los bosques;
- ayuda a las comunidades y familias que se enfrentan a la expropiación de sus derechos de tenencia, incluso en caso de discriminación por género, edad, condición minoritaria y clase social;
- mediación y resolución de conflictos intercomunitarios en materia de tenencia;
- aporte de conocimientos jurídicos y técnicos en las negociaciones con gobiernos y potenciales inversionistas sobre el uso de tierras, pesquerías y bosques de la comunidad;
- apoyo en el inscripción de la personalidad jurídica de grupos comunitarios;
- apoyo a comunidades y personas durante los procesos de expropiación ilegal o con fines de interés público, y
- ayuda a las comunidades para el cumplimiento de los contratos con inversionistas para la entrega de beneficios a la comunidad conjuntamente con las operaciones comerciales.

Las estrategias legales siempre deberían estar impulsadas por la comunidad y adecuarse al contexto local o la materia en cuestión.

4.2.1 Empoderamiento y alfabetización jurídica

Como se ha explicado en la Sección 4.1, es probable que los miembros de grupos vulnerables tengan poco conocimiento de las leyes nacionales e internacionales que protegen sus derechos de tenencia. El esfuerzo desplegado por las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal, así como los organismos gubernamentales, resultarán cruciales para crear cultura y empoderamiento jurídicos entre los grupos más vulnerables y marginados.

Las iniciativas dirigidas a reforzar la cultura jurídica pueden comenzar por crear consciencia respecto de la estructura básica del gobierno, la Constitución del país, las obligaciones jurídicas de los ciudadanos y del gobierno, y otros conceptos jurídicos aplicables. También se pueden incluir temas como las leyes que regulan la tierra, la pesca y los bosques y otras leyes que puedan tener alguna injerencia en la gobernanza de la tenencia (por ejemplo, derecho ambiental, derecho de sucesión y derecho de familia). Estas iniciativas de educación jurídica también pueden consistir en el fortalecimiento de capacidades prácticas relacionadas con

la identificación y reclamación de derechos de tenencia, el trazado de mapas de tenencia y cómo leerlos, la recopilación de datos locales y la ordenación sostenible de los recursos.

Este tipo de capacitación es particularmente efectiva si se presenta la información de una manera tal que permita asociar las leyes con la cotidianeidad de las personas o cuando abordan temas jurídicos desde la perspectiva de las inquietudes reales de la comunidad respecto de los derechos de tenencia. Estas iniciativas podrían enfocarse en el cambio que debe producirse en la percepción que tienen las personas del sistema jurídico y convencerlas de que el sistema las protegerá si sus derechos son vulnerados, a menudo teniendo que hacerlo ante pruebas abrumadoras que demuestran lo contrario.

Pero no basta simplemente crear consciencia en la gente sobre el contenido sustantivo de sus derechos legales. Para garantizar la gobernanza responsable de la tenencia, los titulares de derechos de tenencia también deben tener la capacidad de entender y cumplir requisitos administrativos y judiciales para poder reclamar, proteger y defender sus derechos de forma satisfactoria. Tienen que saber qué organismos se ocupan de la tramitación de las reclamaciones sobre tenencia y dónde están ubicadas sus oficinas locales, así como qué formularios solicitar y qué documentos aportar como prueba para sustanciar dichas reclamaciones.

Junto con estos conocimientos más prácticos, las organizaciones de servicios jurídicos de interés público pueden recomendar a la población lo siguiente:

- solicitar un intérprete o acudir acompañado de uno, si no entiende el idioma del país;
- rellenar los formularios y presentar toda la documentación solicitada, o pedir ayuda para conseguir dicha documentación;
- solicitar recibos como comprobante de pago de todos los aranceles y de la entrega de toda la documentación;
- solicitar copias de los documentos importantes para el archivo personal;
- pedir los nombres de los funcionarios que lo atendieron, en caso de que surja algún problema o haya que rendir cuentas en el futuro;
- solicitar toda asistencia o exención de pago de aranceles que permita la normativa vigente;
- saber cuándo y cómo solicitar asistencia jurídica a los proveedores de servicios jurídicos disponibles, para reclamar o defender sus derechos de tenencia cuando enfrentan algún inconveniente, y
- capacitarse e informarse de aspectos básicos sobre cómo iniciar acciones legales ante un tribunal, qué puede y debe presentarse como pruebas, a quién citar como testigo o qué normas básicas de protocolo rigen en los tribunales y otras informaciones.

También es necesario aplicar enfoques más imaginativos en la capacitación jurídica y la información que debe entregarse, especialmente si existe una alta tasa de analfabetismo en la población adulta. Se pueden usar dramatizaciones y otros juegos didácticos, simulaciones, debates sobre problemas reales y otras herramientas interactivas, y animar a la gente a hacer preguntas (véase el Recuadro 4.12). También se pueden aprovechar las nuevas tecnologías para educar y crear consciencia. La capacitación debería ser inclusiva y estar dirigida a las mujeres y los grupos marginados en particular. También debe tomarse en consideración el poco tiempo que pueden dedicar estos grupos para este tipo de actividades, así como su seguridad y escasos recursos; si solo la élite del pueblo está en condiciones de dejar de lado su trabajo para participar, los ejercicios de capacitación podrían terminar consolidando las asimetrías de poder. El uso creativo de los medios de comunicación (aprovechar, por ejemplo, la radio, la televisión o los mensajes de texto), y el teatro comunitario pueden ayudar a superar los obstáculos, al igual que la colocación de material informativo en lugares con alta afluencia de público, por ejemplo, en centros comerciales, pozos/norias, espacios de encuentro, lugares de culto y escuelas.

RECUADRO 4.12
Estrategias innovadoras para la promoción de la alfabetización jurídica: radiodifusión, caravanas de información jurídica y centros de información sobre los derechos de tenencia en Malí y Uganda

Fuente: Goïta y Coulibaly, 2012.

Fuente: Keita, Djiré y Cotula, 2014.

Fuente: Aciro-Lakor, 2008.

En Malí, el Instituto de Investigación y Fomento de Alternativas para el Desarrollo (IRPAD) de África determinó que era necesario tender puentes entre las leyes y políticas agrarias y los pequeños agricultores. Con el objetivo de fortalecer la capacidad de los agricultores de injerencia en las políticas y participación en la toma de decisiones en temas de agricultura y recursos naturales, el IRPAD preparó una serie de programas cortos pregrabados para la radio comunitaria para explicar las disposiciones de la nueva Ley de Ordenación Agrícola del país. Se grabaron en bambara, el idioma más hablado en Malí, y se acompañaron de debates y talleres de capacitación para incentivar el análisis participativo y las preguntas. Esta sencilla iniciativa cumplió el objetivo de ampliar los conocimientos de los agricultores sobre la nueva ley y su participación en la implementación.

En Malí, el *Groupe d'Etudes et de Recherche en Sociologie et Droit Appliqué* (GERSDA) es uno de los principales impulsores de la educación jurídica y empoderamiento de la población rural del país, donde las altas tasas de analfabetismo y pobreza han mermado los intentos de establecer un sistema jurídico inclusivo y participativo. El GERSDA utiliza “caravanas jurídicas”, esto es, centros de educación jurídica itinerantes atendidos por profesores, estudiantes y profesionales del área jurídica que se trasladan a las comunidades rurales para explicar a sus habitantes las leyes relativas a la minería y los recursos naturales. El personal de las caravanas se comunica en los idiomas locales y emplea material didáctico diseñado especialmente para usuarios con bajo nivel de alfabetización, debates comunitarios y programas de radio, y entregan apoyo a las redes de asistentes judiciales comunitarios. El éxito del programa radica en gran parte en su movilidad, que permite a su personal llegar a comunidades remotas y hacer partícipe a toda la comunidad en lugar de solo atender a unos pocos representantes. Las caravanas también han resultado ser un instrumento efectivo para capacitar a estudiantes a fin de asegurar la efectividad de la ley en zonas rurales.

En Uganda, la *Uganda Land Alliance* (ULA) prestó apoyo a los centros de información sobre derechos de la tierra a nivel de distrito atendidos por personal capacitado que presta servicios alternativos de resolución de conflictos y asesoría jurídica en asuntos relacionados con la tierra. Estos centros pueden atender algunos casos directamente y encaminar los otros a las autoridades competentes. Ofrecen información y capacitación jurídica que incluye talleres, canciones, bailes y representaciones teatrales, programas de radio y material impreso. El personal también actúa de facilitadores en actividades de teatro participativo, dinámicas y debates en las comunidades rurales para tratar temas locales relacionados con la tierra de manera participativa, accesible e informativa.

4.2.2 Apoyo para demandas por vulneración de los derechos de tenencia y discriminación por razones de género, edad, condición de minoría y clase social

Las “comunidades” no son grupos homogéneos: en ellos pueden coexistir personas cuyas diferencias, por ejemplo, de género, edad, ingresos o posición social, pueden llegar a ser significativas. Por lo tanto, las estrategias de asistencia jurídica tienen que tomar en cuenta estas disparidades. Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal deberían prestar especial atención a la vulneración de los derechos de tenencia y la discriminación por género, edad, condición minoritaria y clase social.

Tomemos, por ejemplo, el tema de género. Las mujeres se enfrentan a un sinnúmero de obstáculos a la hora de reclamar y defender sus derechos de tenencia, aun estando consagrados en la legislación. Su poder de decisión en el ámbito familiar puede ser mínimo y es posible que no puedan siquiera impugnar la violación de sus derechos ante su familia o las instituciones tradicionales. También pueden carecer de la independencia económica y los recursos necesarios para iniciar acciones legales fuera de su pueblo.

Además, las mujeres que intentan ejercer sus derechos pueden recibir amenazas o correr peligro. Si logran acudir a una oficina gubernamental para intentar reclamar o defender sus derechos de tenencia, muchas veces son tratadas de manera discriminatoria o poco compasiva por los funcionarios públicos. Los defensores judiciales pueden ayudar a las mujeres, niños y grupos marginados vulnerables a ejercer sus derechos de tenencia.

Los defensores judiciales pueden, por ejemplo, establecer sistemas que faciliten el acceso de las mujeres y los grupos marginados a los servicios jurídicos. Se puede entregar capacitación a miembros de la comunidad que quieran actuar como asistentes judiciales para atender a mujeres en su lucha por hacer valer sus derechos. Además, la presencia de asistentes judiciales mujeres podría hacer que se sientan más cómodas a la hora de recurrir a sus servicios.

También es importante capacitar a dirigentes locales y la comunidad en general para que puedan defender los derechos de tenencia de los grupos marginados. Por ejemplo, la capacitación en normas jurídicas básicas puede profundizar en el tema de género, en especial en lo que respecta los derechos de tenencia. Las intervenciones también pueden consistir en ayudar a las comunidades a elaborar y aplicar ordenanzas comunitarias orientadas a proteger los derechos de tenencia de la mujer, basándose en debates participativos.

Las intervenciones también podrían consistir en colaborar con los líderes tradicionales en los procesos de mediación en disputas familiares sobre tenencia aplicando una perspectiva de igualdad de género (véase el Recuadro 4.13).

RECUADRO 4.13
Aprovechamiento de los procesos de protección de la tierra comunitaria para fortalecer los derechos de tenencia de la mujer en Liberia, Mozambique y Uganda

Fuente: Knight et al., 2012.

En Liberia, Mozambique y Uganda, el proceso Namati, que consiste en asistir a las comunidades en la clasificación, análisis, modificación y sanción de las normas (u ordenanzas) locales consuetudinarias para la gobernanza de la tierra comunitaria y otros recursos naturales, ha definido protecciones locales para los derechos de las mujeres y otros grupos vulnerables sobre las tierras. El proceso de redacción de las ordenanzas de Namati consta de seis partes diferenciadas:

- una enumeración de todas las normas, reglas y prácticas existentes durante una reunión comunitaria sin censura para intercambiar ideas y documentarlas como primer borrador de una ordenanza comunitaria;
- educación jurídica para entender la Constitución del país y las leyes nacionales pertinentes, así como los principios internacionales básicos en materia de derechos humanos;
- una revisión de las ordenanzas comunitarias formuladas por la propia comunidad a la luz de los cambios que se van produciendo en sus necesidades y la legislación nacional, seguido por debates participativos que lleven a la modificación, adición o eliminación de normas hasta alcanzar un acuerdo respecto de la redacción de un segundo borrador;
- una revisión por expertos técnicos o jurídicos del segundo borrador de ordenanza comunitaria para verificar que cumple con la legislación nacional vigente y los derechos humanos básicos, y
- una redacción final del tercer borrador de la comunidad tras aplicar todos los cambios necesarios para que cumpla con la legislación nacional vigente y la aprobación formal de las ordenanzas comunitarias, por consenso de la comunidad o por voto de la mayoría calificada.

A fin de asegurar la participación de las mujeres en el proceso de elaboración de las ordenanzas, Namati y las agencias de ejecución nacionales asociadas aplican las siguientes estrategias:

- elegir a agentes movilizados de sexo femenino para garantizar la asistencia de mujeres en las reuniones;
- programar las reuniones del proyecto en lugares, horas y días que faciliten la participación de mujeres, por ejemplo, los domingos por la tarde, cuando las mujeres por lo general no tienen que trabajar;
- enviar a los líderes comunitarios y a los asistentes judiciales a hacer un “puerta a puerta” invitando a las mujeres a participar en las reuniones del proyecto;
- instar a los hombres a asistir a las reuniones acompañados de sus esposas;
- invitar a algunas mujeres a preparar comida para toda la comunidad en el lugar donde se celebra la reunión para asegurar la asistencia de otras mujeres;
- leer los nombres de todas las mujeres en la radio local y pedirles personalmente que asistan a la siguiente reunión del proyecto, entre otras estrategias, y
- celebrar reuniones exclusivamente para mujeres a fin de abordar de forma proactiva los problemas asociados al uso que le dan las mujeres a las tierras de pastoreo y motivarlas a participar activamente en el proceso de elaboración de ordenanzas comunitarias.

Las reuniones en las que solo participan mujeres han dado muy buenos resultados en términos de su participación en el proceso de elaboración de ordenanzas comunitarias. Al concluir la reunión, se invita a las asistentes a compartir con otras mujeres todo lo que han aprendido, reunirse con mujeres de la comunidad para analizar juntas sus principales argumentos y crear estrategias de promoción conjuntas para que ninguna mujer sienta que está hablando “a solas” y movilizar a las mujeres para que asistan muchas más a las reuniones en las que se formulan las ordenanzas comunitarias. Como consecuencia de estas estrategias, Namati ha observado un crecimiento en el número de mujeres que asisten a reuniones comunitarias, opinando tanto o más que los hombres. Debido a esto, durante los debates sobre el contenido de los segundos borradores de las ordenanzas, las mujeres logran presentar sus argumentos contra la incorporación de normas que podrían discriminar a la mujer y cerciorarse de que se hayan incluido normas para proteger sus derechos de tenencia sobre la tierra y otros recursos naturales.

4.2.3 Apoyo a la documentación y registro de los derechos legítimos de tenencia

En lo que respecta la documentación de los derechos legítimos de tenencia, incluidos los derechos indígenas y consuetudinarios, las organizaciones de servicios jurídicos de interés público pueden contribuir de manera significativa a la implementación expedita de procesos legales claros, sencillos y fáciles de seguir (cabe señalar que la FAO está preparando una guía técnica sobre el registro de los derechos de tenencia y parcelas). Esto puede consistir en prestar asistencia jurídica en la tramitación del registro de los derechos de tenencia y otras formas de apoyo (por ejemplo, para que una comunidad pueda obtener la personalidad jurídica y registrar los derechos de tenencia a nombre de la comunidad).

Estas intervenciones pueden incluir el apoyo a particulares y familias para obtener la documentación de sus derechos de tenencia. En zonas urbanas y periurbanas, iniciativas emprendidas para registrar la tenencia familiar e individual han permitido aumentar de forma significativa la seguridad de la tenencia y han propiciado una serie de efectos secundarios positivos. La estrategia de registrar las tierras familiares e individuales puede resultar útil en casos en que ha sido aclarada recientemente la situación de los derechos de tenencia; por ejemplo, en casos en los que han colapsado los sistemas consuetudinarios de tenencia, cuando han surgido numerosas controversias por la tenencia, en zonas que se acaban de poblar y en zonas en las que las disputas por tierras y otros recursos nacionales son particularmente feroces.

Se debería prestar especial atención al registro de los derechos consuetudinarios de tenencia. Este tipo de tenencia generalmente comprende una compleja red de derechos concurrentes individuales, familiares, de clanes o de comunidades completas o que se pueden reservar para generaciones futuras y si cambian las necesidades de la comunidad. Por ejemplo, se puede reservar algunas zonas para el uso de una persona o familia en particular para uso residencial o agrícola, en la forma de derechos de usufructo. Sin embargo, incluso estas zonas pueden tener asociados derechos colectivos y secundarios para utilizar recursos específicos (como puntos de abastecimiento de agua), para establecer derechos de tránsito o para fijar las rutas migratorias de los pastores y los cazadores recolectores. Además, el tipo de uso que pueda hacer una persona de las parcelas agrícolas puede ir cambiando.

El registro de los derechos consuetudinarios de tenencia, un fenómeno relativamente nuevo, deriva del reconocimiento jurídico en un número cada vez mayor de países, de los derechos consuetudinarios de tenencia. Varios Estados ahora cuentan con leyes que facilitan el registro de derechos colectivos de tenencia. En algunos casos, la legislación puede exigir que las comunidades tengan personalidad jurídica de derecho privado para poder ejercer derechos colectivos de tenencia como titular o como entidad colectiva que sea titular de derechos de tenencia en representación de los miembros de la comunidad y tenga facultades para negociar con forasteros.

Registrar los derechos de tenencia de una comunidad a nombre de la comunidad (como una entidad colectiva o de derecho privado) asegura mayor protección legal frente a invasiones o usurpaciones no autorizadas. Las comunidades vecinas tendrán que aprobar la ubicación de los límites comunes.

Registrar los derechos consuetudinarios de tierras de una comunidad puede resultar complejo debido a la naturaleza de la tenencia consuetudinaria. Varios países ahora cuentan con leyes que permiten a las comunidades trazar un mapa de sus recursos, documentarlos y registrarlos y, a continuación, administrarlos y gestionarlos de acuerdo

con las normas indígenas o tradicionales. Los derechos pueden registrarse a través de un sistema operado por la comunidad; alternatively, en algunos países se cuenta con sistemas de registro oficiales operados por el Estado para registrar derechos de usufructo y similares. En estos casos, la legislación debería establecer de forma explícita que los derechos consuetudinarios subsidiarios de tenencia asociados a estas zonas en usufructo no se extinguen con el registro de los derechos de usufructo individuales.

Es importante hacer una distinción entre las propuestas de registro de derechos de tenencia existentes y las propuestas de convertir una forma de tenencia por otra. El acto de registrar un derecho es una forma de dejar constancia pública de los derechos de tenencia de una persona, así como de protegerlos, pero no modifica las características de los derechos registrados. Conviene tratar con cautela cualquier propuesta para otorgar títulos que no están diseñados para tomar en consideración los derechos de tenencia secundarios y colectivos preexistentes. Toda intervención que modifique derechos de tenencia subyacentes debe discutirse en el foro de políticas correspondiente.

En algunos casos no se están implementando adecuadamente o en su totalidad estas leyes que reconocen los derechos comunes y consuetudinarios y que contemplan su registro debido, entre otras cosas, al escaso conocimiento que tiene la comunidad de sus derechos de tenencia; la poca capacidad del Estado; la excesiva complejidad y burocracia de los procesos; la oposición del gobierno y las élites; los costos prohibitivos de los procesos de registro de titularidad; el alto nivel de conocimientos técnicos y recursos necesarios para el estudio, la concesión y el registro de títulos; y las controversias intercomunitarias e intracomunitarias que van surgiendo alrededor de la tenencia cuando se está en proceso de fijación de los límites de la comunidad.

Por consiguiente, los defensores juegan el rol fundamental de acreditar que los derechos legítimos de tenencia de las comunidades se hayan documentado y registrado de conformidad con lo previsto en la legislación nacional. Aun si las leyes nacionales no admiten documentación de tenencia comunitaria, se pueden aprovechar los instrumentos del derecho fiduciario o de derecho de sociedades para crear entidades comunitarias con personalidad jurídica que tengan potestad sobre derechos colectivos, tengan facultades para interponer demandas o ser demandado, y negociar con forasteros. Mayor información sobre bienes comunes se incluirá en una guía técnica de la FAO sobre este tema que se publicará próximamente.

4.2.4 Apoyo a las comunidades en las negociaciones con empresas

Las inversiones comerciales conllevan tanto riesgos como oportunidades para el desarrollo y prosperidad de la comunidad. Aun cuando las comunidades acojan favorablemente la inversión privada, es probable que no sean consultadas como corresponde respecto de lo que se propone hacer, que no reciban una compensación satisfactoria por las pérdidas o no se les permita opinar sobre cómo se manejarán sus recursos después de ponerse en marcha la inversión. Además, las inversiones también pueden provocar la degradación del medio ambiente, violaciones a los derechos humanos, pérdida de acceso a medios de subsistencia y desigualdad.

Como se indicó en el Capítulo 3, algunas leyes estipulan que los inversionistas externos que quieran adquirir derechos de tenencia sobre tierras, pesquerías o bosques ubicados dentro de una comunidad deberán solicitar y recibir el CLPI de la comunidad y negociar

acuerdos de participación en los beneficios. No obstante, debido a las asimetrías de poder e información, es probable que las comunidades desconozcan el valor de mercado de sus recursos o su rentabilidad.

Los líderes locales, tanto tradicionales como estatales, pueden ser sobornados por los inversionistas o agentes de gobierno y pueden terminar negociando coimas o bonificaciones mensuales personales, en lugar de beneficios para la comunidad. Puede que la comunidad no entienda bien los procedimientos, se sienta intimidada u obligada a firmar acuerdos y no recibir una copia del acuerdo negociado que se ha firmado, en cuyo caso no contaría con ninguna prueba escrita del acuerdo contractual al que “dio su consentimiento”.

Para contrarrestar estas asimetrías de poder e información, las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal pueden prestar apoyo a las comunidades antes, durante y después de las negociaciones con inversionistas que quieran arrendar o comprar tierras comunitarias. Antes de las negociaciones, los abogados que trabajan en aras del interés público y otros proveedores de servicios jurídicos pueden informar a la comunidad de sus derechos legales al CLPI, según corresponda, sobre los requisitos para realizar evaluaciones de impacto ambiental y social y sobre los instrumentos internacionales que protegen los derechos legítimos de tenencia, incluidas las Directrices.

Las organizaciones de servicios jurídicos de interés público también pueden prestar apoyo a la comunidad para llegar a común acuerdo respecto de si acepta o no la inversión o los términos de dicha inversión. También pueden ayudar a la comunidad a investigar los antecedentes del inversionista y si opera legalmente en el país, cumple todos los requisitos legales y fiscales y tiene la capacidad y los recursos financieros necesarios para ejecutar el proyecto propuesto.

Durante las negociaciones, las organizaciones de servicios jurídicos de interés público pueden prestar ayuda a las comunidades en la negociación de beneficios compartidos, las ganancias, las primas y los pagos por concepto de arrendamiento. Asimismo, pueden ayudarlas a analizar y adaptar las evaluaciones de impacto ambiental y social y otros procesos relacionados con el diseño de la inversión mediante, entre otras cosas, la presentación de propuestas en audiencias públicas, la revisión de los borradores y el requisito de que se haga una revisión judicial de los permisos medioambientales.

Una vez concluida la negociación y alcanzado un acuerdo, los proveedores de servicios jurídicos pueden comprobar que el acuerdo se ha redactado en forma de contrato ejecutable o anulable con arreglo al derecho contractual del país. Los contratos deben incluir mecanismos de ejecución y sanciones, por ejemplo, por el impago del arrendamiento o de los beneficios acordados. Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal pueden verificar que estos acuerdos se hayan documentado y registrado en las oficinas gubernamentales correspondientes y que se haya entregado copias a los líderes de la comunidad.

Los proveedores de servicios jurídicos también pueden ayudar a crear fideicomisos (si procede) y cuentas bancarias para que las comunidades puedan gestionar los pagos por concepto de arrendamiento. También pueden ayudar a crear mecanismos de fiscalización con el objetivo de acreditar el cumplimiento de las condiciones del acuerdo tanto por los inversionistas como las comunidades. Si un inversionista no da cumplimiento a las condiciones contractuales, los asesores jurídicos pueden ayudar a las comunidades a exigir que se apliquen las sanciones correspondientes (véase el Recuadro 4.14).

Namati Sierra Leona utiliza una red de asistentes judiciales, respaldados por un pequeño equipo de abogados y expertos técnicos, para proporcionar asistencia jurídica a comunidades que se encuentran en negociaciones de tierras o impugnando acuerdos que no se han negociado de forma adecuada. En un caso reciente, Namati ayudó al pequeño pueblo de Masethele en un conflicto con una empresa de bioenergía que había firmado contratos con los líderes de tres Consejos para el arrendamiento de 23 472 hectáreas por un período de 50 años. Las condiciones del acuerdo cedían toda la superficie de tierra de Masethele (1 132 hectáreas) a la empresa, incluidas todas las tierras agrícolas, zonas comunes, bosques, humedales, cuerpos de agua y parcelas familiares. Los aldeanos se negaron a reconocer el trato alcanzado por sus líderes y pidieron ayuda a Namati para que les explicaran las condiciones del arrendamiento y los representaran en las negociaciones con la empresa. Tras varias reuniones comunitarias, el pueblo acordó arrendar una cuarta parte de sus tierras, siempre y cuando se retiraran del contrato los otros tres cuartos. Gracias al apoyo prestado por los abogados de Namati, la empresa accedió a la propuesta del pueblo y modificó el acuerdo.

En Filipinas, *Legal Rights and Natural Resources Center/Kasama sa Kalikasan/Friends of the Earth-Philippines* (LRC-KsK/FoE-Philippines) ha diseñado un programa para equipos de asistentes judiciales comunitarios con el objetivo de capacitar a comunidades en lugares apartados para reunir las pruebas necesarias para fundamentar una causa de defensa de sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales contra proyectos de desarrollo a gran escala. Este enfoque consiste en organizar equipos de miembros de la comunidad que han recibido esta capacitación para que organicen y apoyen la búsqueda y recopilación de las pruebas y los datos para presentarlos ante las entidades de denuncia oficiales. Este enfoque no solo ayuda a los asistentes judiciales y a los abogados a reunir la información y pruebas suficientes para sustentar causas sólidas, sino también preparar y empoderar a los miembros de la comunidad para aprovechar mejor la legislación existente para defender sus derechos. Los equipos de asistentes judiciales comunitarios han conseguido muchos resultados positivos, entre ellos, la retirada de una compañía minera de tierras comunitarias.

RECUADRO 4.14

Apoyo a las comunidades en su interacción con las empresas: la experiencia de Sierra Leona y Filipinas

Fuente: Brinkhurst y Knight, 2014.

Fuente: Rebuta, Gregorio y Hatta, 2012.

4.2.5 Apoyo a personas y comunidades que se enfrentan a la expropiación de sus derechos legítimos de tenencia

Cuando los gobiernos aprueban proyectos de desarrollo de gran envergadura, en ocasiones proceden a expropiar por la fuerza los derechos de tenencia de miles de familias. Las Directrices incluyen disposiciones pormenorizadas sobre la ejecución de las expropiaciones (véase el Recuadro 4.15). Además de la información que se incluyen en las Directrices, la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos ha aclarado los alcances de los tratados internacionales de derechos humanos en lo que dice relación con los procesos de expropiación. Algunos documentos especialmente importantes son la *Observación general N.º 7 sobre desalojos forzados* (1997) del CDESC y los *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo* (ACNUDH, sin fecha; véase también FAO, 2009a).

Como se señalara en el Capítulo 3, los legisladores pueden contribuir a la gobernanza responsable de la tenencia haciendo bien las leyes. También se puede contribuir a esto de muchas otras maneras durante la etapa de implementación de estas leyes. Las

RECUADRO 4.15

Ejemplos de disposiciones en las Directrices sobre expropiación

16.2: “Los Estados deberían asegurar que la planificación y los procedimientos para la expropiación se lleven a cabo de manera transparente y participativa. Todas las personas que pudiesen verse afectadas deberían ser contactadas, informadas adecuadamente y consultadas durante cada una de las etapas del proceso de expropiación. Con arreglo a los principios de estas Directrices, las consultas deberían proporcionar información sobre las vías alternativas posibles para la consecución del fin de interés general, y en ellas se debería actuar teniendo en cuenta estrategias destinadas a reducir al mínimo las perturbaciones en los medios de vida. Los Estados deberían manifestar sensibilidad en el caso de que las expropiaciones propuestas deban tener lugar en zonas de particular significado cultural, religioso o ambiental, o cuando la tierra, la pesca y los bosques de que se trate revistan una particular importancia para los medios de vida de las personas pobres o vulnerables”.

organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal pueden cumplir un rol importante en estas situaciones. Por ejemplo, pueden:

- informar a los miembros de la comunidad sobre sus derechos durante el proceso de expropiación y orientarlos respecto de cómo impugnar recursos y resoluciones injustos en materia de compensaciones;
- organizar reuniones públicas para que los miembros de la comunidad puedan intercambiar información, expresar sus inquietudes, compartir experiencias y definir eventuales estrategias;
- prestar apoyo a los miembros de la comunidad en la impugnación del plan de expropiación;
- trabajar con los miembros de la comunidad en la búsqueda de alternativas al proyecto que sean viables y rentables, a fin de mitigar los inconvenientes que sufrirá la comunidad y el daño causado al medio ambiente;
- prestar apoyo a los miembros de la comunidad en la realización de encuestas sobre temas de interés para la comunidad, evaluaciones del impacto del proyecto planificado y en la recopilación de los datos pertinentes;
- prestar apoyo en la formulación de procedimientos de comunicación eficaces entre el organismo que adquiere los derechos y los propietarios y ocupantes afectados;
- implementar mecanismos de reparación para las familias afectadas y de resolución de conflictos;
- promover la transparencia y las garantías procesales durante los procesos de expropiación;
- ayudar a las personas a defenderse de forma efectiva, o en su representación, en recursos de apelación u otros procesos de resolución de controversias;
- prestar ayuda a personas vulnerables, en especial a las mujeres, en la presentación de demandas de compensación efectiva;
- ayudar a las personas a buscar alternativas a la compensación, reubicación y recuperación de sus modos de vida;
- fiscalizar el pago de las compensaciones y verificar que los planes de reasentamiento ofrezcan alojamiento alternativo adecuado y acceso a agua e infraestructura, así como a tierra productiva, pesca y bosques, y
- reforzar las habilidades de negociación para defender la compensación equitativa o exigir compensaciones más elevadas en representación de los miembros de la comunidad.

Las organizaciones de servicios jurídicos de interés público también pueden desempeñar el rol de fiscalizadores, monitoreando a labor del organismo adquirente de los derechos para garantizar que se atenga a los procesos de expropiación previstos por la ley de manera transparente y equitativa. Si los métodos conciliatorios no generan resultados satisfactorios, podría ser necesario organizar reuniones públicas, invitar a los medios de comunicación o aplicar otras estrategias de promoción para luchar contra el comportamiento corrupto o abusivo y exigir que el Estado cumpla sus compromisos legales y haga cumplir las leyes que protegen los derechos legítimos de tenencia.

Principales recomendaciones 4.2

- ✓ Las organizaciones de interés público que ofrecen asistencia legal deberían ayudar a los ciudadanos a exigir que sus gobiernos rindan cuentas en materia de gobernanza responsable, justicia y estado de derecho. También deberían:
 - crear mayor conciencia en términos jurídicos tanto del contenido sustantivo de las leyes aplicables como de la información práctica y procesal necesaria para seguir los procesos administrativos y legales a fin de reclamar, proteger y defender los derechos de tenencia;
 - apoyar la documentación y registro de los derechos legítimos de tenencia, incluidos los derechos de tenencia de los pueblos indígenas y consuetudinarios individuales y comunitarios;
 - apoyar demandas presentadas por violación de los derechos de tenencia y discriminación por género, edad, condición minoritaria y clase social;
 - prestar asistencia a comunidades en sus negociaciones con inversionistas externos y para que se dé cumplimiento a las condiciones contractuales del inversionista, y
 - prestar apoyo a personas y comunidades que se enfrentan a la expropiación de sus derechos legítimos de tenencia y velar por que las autoridades y órganos del Estado se rijan por mandatos legales que favorezcan a los pobres y que tengan presente la normativa que protege a la población de escasos recursos, fiscalizando los procesos de administración y ejerciendo la función de “guardianes” para acreditar que los funcionarios gubernamentales están respetando las leyes aplicables.

4.3 El rol de los abogados corporativos

Como fuera señalado en el Capítulo 1, los abogados que representan a empresas inversoras nacionales o extranjeras, tanto desde un bufete de abogados como en calidad de asesores internos, pueden contribuir de forma significativa a garantizar la aplicación de las normas establecidas en las Directrices. Aunque la mayoría de las disposiciones de las Directrices hacen referencia al Estado, también hay algunas que están dirigidas explícitamente a las empresas (véase el Recuadro 4.16). Entonces ¿cómo deberían los abogados asesorar a sus clientes sobre las cuestiones tratadas en estas disposiciones?

Muchas de las normas de las Directrices guardarán coherencia con la legislación nacional de la jurisdicción correspondiente. En estos casos, ofrecer asesoría jurídica integral en base a la legislación nacional aplicable fomentará la aplicación de las Directrices. Sin embargo, en otros casos, las leyes nacionales no cumplen las normas de las Directrices y determinar cómo mejor asesorar al cliente puede generar otros cuestionamientos.

Debido al avance de la globalización económica, los inversionistas operan cada vez más en países que no cuentan con leyes o normativas muy desarrolladas en temas ambientales y sociales, incluidos muchos de los asuntos analizados en las Directrices. A los abogados comerciales se les podría recomendar asesorar a sus clientes sobre la conveniencia, por motivos éticos y por prudencia, de emprender acciones que excedan sus obligaciones legales mínimas.

Estudios realizados destacan los principales riesgos (financieros, operativos, para la reputación) de no prestar la consideración debida a cuestiones de tenencia, incluso en situaciones en las que se respete formalmente la legislación nacional (*The Munden Project*, 2013). Aun cumpliendo las leyes nacionales, pueden surgir controversias si la población local no considera legítimas estas transacciones de tenencia. Se ha impugnado una serie de transacciones a gran escala de tierras para agricultura industrial, que han sido calificadas negativamente como acaparamiento de tierras, incluso cuando los acuerdos respetaban en términos generales la legislación nacional. Los abogados comerciales que se limiten a ofrecer asesoría exclusivamente en el tema del cumplimiento legal sin prestar atención a las Directrices pueden exponer a sus clientes a controversias y a daños financieros, operativos y para la reputación.

3.2 “Los actores no estatales, tales como las empresas comerciales, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia. Las empresas comerciales deberían actuar con la diligencia debida para evitar infringir los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia de terceros. Deberían integrar los correspondientes sistemas de gestión de riesgos para prevenir y afrontar efectos adversos sobre los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia. Las empresas deberían establecer mecanismos no judiciales de protección, entre ellos mecanismos eficaces de reclamación a nivel operativo, cuando corresponda, en los casos en que hayan causado o contribuido a causar efectos adversos sobre los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia. Las empresas deberían determinar y evaluar cualquier efecto real o potencial sobre los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia en el que pueden estar involucradas”.

12.3 “Todas las formas de transacción de derechos de tenencia como resultado de inversiones en tierras, pesquerías y bosques se deberían llevar a cabo de manera transparente, de acuerdo con las políticas sectoriales nacionales pertinentes y deberían ser coherentes con los objetivos de crecimiento social y económico y el desarrollo humano sostenible, centrándose en los pequeños agricultores”.

12.4 “Las inversiones responsables no deberían ocasionar perjuicios, deberían proteger frente al despojo de los poseedores de derechos legítimos de tenencia y los daños al medio ambiente, así como también deberían respetar los derechos humanos. Estas inversiones deberían realizarse en colaboración con las instancias pertinentes de los Estados y los titulares de los derechos de tenencia de las tierras, las pesquerías y los bosques de cada lugar, respetando esos derechos. Deberían además contribuir a objetivos de políticas como las siguientes: la erradicación de la pobreza, la seguridad alimentaria y la utilización sostenible de la tierra, las pesquerías y los bosques, el apoyo a las comunidades locales, contribuir al desarrollo rural, promover y garantizar los sistemas locales de producción de alimentos, impulsar el desarrollo social y económico sostenible, crear empleo, diversificar los medios de vida, proporcionar beneficios al país y a sus gentes, en particular los pobres y los más vulnerables, y ajustarse a las leyes nacionales y las normas laborales internacionales básicas, así como a las obligaciones relacionadas con las normas de la OIT, cuando proceda”.

12.12 “Los inversores tienen la responsabilidad de respetar el derecho nacional y reconocer y respetar los derechos de tenencia de terceros y el estado de derecho, en consonancia con los principios generales relativos a los actores no estatales de estas Directrices. Las inversiones no deberían contribuir a la inseguridad alimentaria ni a la degradación del medio ambiente”.

RECUADRO 4.16
Las empresas
comerciales en las
Directrices

Por estos motivos, algunas empresas se han comprometido públicamente a adherirse a las Directrices en sus operaciones o en sus cadenas de abastecimiento (FAO, 2014a), y los abogados que asesoran a estas entidades deberían ser conscientes de la tremenda responsabilidad que tienen como promotores de ese compromiso. También deberían advertir a los clientes de que los defensores de la sociedad civil probablemente fiscalizarán detenidamente las actividades de estas empresas a la luz de las Directrices, y que dichos defensores pueden movilizar la opinión pública si no se aplican las salvaguardas de las Directrices.

Existen otros motivos por los que los abogados comerciales deberían tomar en serio las Directrices, aparte de ser una decisión corporativa. Como se señala en el Capítulo 2, las Directrices no son vinculantes *per se*, sin embargo, algunas de sus disposiciones coinciden con las responsabilidades y deberes profesionales habituales de los abogados y las normas jurídicas internacionales, por ejemplo, en lo que dice relación con la legislación en materia de derechos humanos. Además, muchas de estas disposiciones concuerdan con otras directrices y normas de derecho indicativo que afectan a las empresas por lo que, aunque las leyes nacionales no sean totalmente coherentes con las Directrices, existen otras normas internacionales que ayudan a reforzar los principios de gobernanza responsable consagrados en ellas.

Un ejemplo importante son los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que se mencionaron en el Capítulo 2. Estos Principios han sido muy bien recibidos por el sector privado y han ayudado a que la profesión jurídica reconozca el importante papel que pueden desempeñar las normas de derecho indicativo en el asesoramiento a empresas. Por ejemplo, los colegios y bufetes de abogados han elaborado pautas para abogados sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos y las empresas, y con la responsabilidad social empresarial; los profesionales han empezado a integrar estas consideraciones en sus transacciones (véase el Recuadro 4.17).

Son muchas las iniciativas que incorporan el precedente de los abogados que recomiendan a sus clientes que se adhieran a instrumentos de derecho indicativo como las Directrices. La elaboración de Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversionistas: orientación para los negociadores como anexo a los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos proporcionó un marco para garantizar la coherencia de las prácticas de contratación con las normas sobre derechos humanos. Otro ejemplo es la iniciativa *Lawyers as Leaders* del Pacto Mundial de las Naciones Unidas, que ha publicado guías para diferentes temas, como el medio ambiente, la lucha contra la corrupción y los derechos humanos.

Las recomendaciones adoptadas recientemente por el grupo asesor sobre empresas y recursos humanos de la *Law Society of England and Wales* ilustran también esta tendencia (Law Society of England and Wales, 2014). En ellas se reconoce la responsabilidad de los abogados en la defensa de los derechos humanos de conformidad con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y se afirma que dicha responsabilidad debería reflejarse, según corresponda, en el asesoramiento a los clientes. También se establece la responsabilidad profesional de los abogados como asesores de confianza y profesionales del área jurídica. El grupo asesor hizo una invitación a los bufetes de abogados a adoptar políticas de derechos humanos y procedimientos de diligencia debida, en consonancia con los Principios Rectores, a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos para los derechos humanos que derivan de su actividad, y a comprometerse a fiscalizar y evaluar estas acciones.

Además, la IBA aprobó en 2015 un documento guía para colegios de abogados sobre empresas y derechos humanos (*Business and human rights guidance for bar associations*) y está preparando un anexo de orientación para abogados comerciales acerca de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (*Guidance for business lawyers on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*). En 2014 se publicó un borrador de dicho documento para recabar comentarios que brinda orientación sobre cómo los Principios Rectores pueden tener alguna injerencia en el asesoramiento que entregan los abogados comerciales a sus clientes, en cumplimiento de su responsabilidad ética y profesional como abogados de defender la ley y los intereses de sus clientes y de mantener la confidencialidad con sus clientes. Esta versión preliminar del documento también examina los eventuales alcances de los Principios Rectores para los bufetes de abogados en la medida en que son empresas comerciales que también tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, centrándose en los servicios prestados a los clientes.

RECUADRO 4.17

Precedentes para abogados que recomiendan a sus clientes adherirse a las Directrices

Fuente: Pacto Mundial de las Naciones Unidas, sin fecha, 2011

Fuente: Law Society of England and Wales, 2014.

Fuente: IBA, 2014, 2015.

Las Directrices comparten muchos elementos con los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, a los que implícitamente hacen referencia (párr. 3.2). Sin embargo, existen también diferencias importantes entre ellos, entre otras razones porque los Principios se centran en los derechos humanos mientras que las Directrices, si bien abordan el tema de los derechos humanos, se centran fundamentalmente en los derechos de tenencia (CSA, 2013).

Los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos señalan que la diligencia debida en materia de derechos humanos es el proceso que permite a las empresas “identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos” (Principio 17). El proceso “debe incluir una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas” (Principio 17). La diligencia debida en materia de derechos humanos “[v]ariará de complejidad en función del tamaño de la empresa, el riesgo de graves consecuencias negativas sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones” (Principio 17). El comentario a los Principios Rectores aclara que esta diligencia debida se puede integrar a sistemas de gestión de riesgos empresariales más amplios, incluidos los procesos de evaluación de impacto.

La lectura combinada de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y las Directrices instaría a incorporar cuestiones relacionadas con los derechos legítimos de tenencia a los procesos de diligencia debida. El documento *Guidance for business lawyers on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (véase el Recuadro 4.17) proporciona información específica para proceder con la diligencia debida en materia de derechos humanos. Además, los abogados pueden hacer referencia a las Directrices al momento

de asesorar a sus clientes sobre cómo mitigar el impacto, evitar riesgos o, incluso, poner fin a la relación en determinadas circunstancias.

Los abogados comerciales pueden recordar a sus clientes que, en caso de discordancia entre las Directrices y la legislación nacional, esta última no necesariamente prohíbe a la empresa aplicar normas más estrictas. Pueden surgir problemas más difíciles de resolver si el cumplimiento de las leyes nacionales le impide a la empresa proceder de conformidad con las Directrices, por ejemplo, cuando existe una contradicción directa entre los dos textos.

En el borrador del documento *Guidance for business lawyers on the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (véanse el Recuadro 4.17 e IBA, 2014) se analiza cómo abordar estos desafíos desde el punto de vista de los derechos humanos y se insta a los abogados a que ofrezcan asesoría crítica a sus clientes para explorar las respuestas adecuadas sin infringir la legislación nacional. Algunas de las posibles alternativas podrían incluir: evaluar si la legislación nacional es ambigua; solicitar aclaraciones al gobierno o, incluso, impugnar la ley ante los tribunales nacionales, si resulta posible; y desarrollar soluciones, por ejemplo, incluyendo procesos paralelos para que la empresa pueda respetar los derechos humanos sin infringir las leyes nacionales. Se pueden explorar otras alternativas similares en relación con cuestiones que afectan los derechos legítimos de tenencia.

Los abogados comerciales no solo deben tener en cuenta la legislación y las normas internacionales, también deben determinar la pertinencia de las obligaciones extraterritoriales. Como se indicó anteriormente, las Directrices señalan que los países de origen tienen un rol que cumplir ayudando a las empresas a evitar involucrarse en abusos contra los derechos humanos y los derechos legítimos de tenencia (párr. 3.2). Para reforzar esta idea, en la Sección 12 de las Directrices sobre inversiones se señala que, cuando los Estados invierten o fomentan inversiones en el extranjero, deberían conducirse en consonancia con la protección de los derechos legítimos de tenencia, el fomento de la seguridad alimentaria y de acuerdo con sus obligaciones existentes en el marco del derecho nacional e internacional, teniendo en debida consideración los compromisos de carácter no vinculante asumidos en virtud de los instrumentos regionales e internacionales aplicables (párr. 12.15).

En línea con esta orientación, convendría que los abogados comerciales tuvieran en cuenta las disposiciones aplicables de la legislación nacional del país de origen de la empresa que pudieran afectar las inversiones en otros países. Un ejemplo de esto es la legislación para controlar la corrupción de funcionarios extranjeros, como la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras (*Foreign Corrupt Practices Act*) de los Estados Unidos de América. Como se indicó anteriormente, la lucha contra la corrupción es un tema recurrente en las Directrices. Todos los países de la OCDE y siete países que no pertenecen a esta organización han ratificado la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, y muchos ya la están aplicando. Además, muchos países de origen ahora exigen a los inversionistas que solicitan apoyo del Estado cumplir las normas de buenas prácticas, por ejemplo, en la forma de seguros de inversiones o créditos a la exportación.

Varias entidades han aportado pautas adicionales para empresas, específicamente en cuestiones de tenencia de la tierra e inversiones en agronegocios. La FAO publicará próximamente una guía técnica dirigida al sector privado que abordará cuestiones relacionadas con la inversión. El foro del Grupo Interlaken y la Iniciativa para los Derechos y Recursos (RRI) también han elaborado pautas para empresas sobre el respeto de los derechos sobre la tierra y los bosques (*The Interlaken Group and RRI*, 2015). El comité técnico francés sobre tenencia de la tierra y desarrollo (*Comité Technique "Foncier et développement"*, 2014b) ha publicado el Manual para la diligencia debida en proyectos de agronegocio que pueden afectar los derechos a la tierra y la propiedad basado explícitamente en las Directrices. Este documento incluye un cuadro detallado de "criterios" y "preguntas clave" para evaluar aspectos sociales, económicos y ambientales de la tenencia asociados al diseño de proyectos propuestos de inversión. Estos criterios y preguntas clave prestan considerable atención a asuntos jurídicos y contractuales. A pesar de que los principales destinatarios de la guía no

son abogados, puede resultarles útil debido a que aborda el tema de los proyectos de inversión propuestos desde la perspectiva de la diligencia debida en la tenencia.

La Guía para la diligencia debida en proyectos de agronegocios que afectan los derechos a la tierra y la propiedad (*Guide to due diligence of agribusiness projects that affect land and property rights*) aborda algunos temas que han recibido escasa atención en iniciativas de definición de normas internacionales. Entre otras cosas, explica cómo resolver algunos problemas históricos relacionados con la adquisición de tierras (*"passifs fonciers"* o "responsabilidad pasiva"). Esto puede resultar pertinente, por ejemplo, si el inversionista ha comprado una empresa que adquirió dichas tierras en circunstancias que conformaron el objeto de la impugnación o cuando el inversionista compra tierras al Estado que, a su vez, fueron expropiadas en circunstancias que conforman el objeto de la impugnación. Aunque es posible que la transacción asociada directamente con el inversionista no sea objeto de controversia, la apropiación de la "responsabilidad pasiva" previa puede exponer al inversionista a riesgos asociados a la tenencia o a su reputación, particularmente si la impugnación está en curso o es inminente. Los abogados deberían tener en cuenta estos riesgos durante los procesos de diligencia debida (*Comité Technique "Foncier et développement"*, 2014b).

Otra cuestión práctica que puede surgir al momento de asesorar a clientes sobre transacciones de tenencia se refiere a la negociación directa de la empresa con los grupos comunitarios. En este caso, pueden existir significativas desigualdades de poder, exacerbados por el acceso no equitativo a representación legal de comunidades que carecen de recursos para contratar abogados.

Las empresas con perspectivas a largo plazo querrán ayudar a las comunidades a obtener representación legal, sabiendo que mientras mejor se hayan negociado los acuerdos más ventajas acarrearán para ambos. Este enfoque podría incluir apoyo financiero para pagar costas legales. Aunque esta solución puede asegurar a las comunidades representación legal, también plantea dudas respecto de posibles conflictos de intereses, ya que los honorarios de los abogados que representan a la comunidad serían pagados por la otra parte, que es la empresa con la que está negociando la comunidad. Existen soluciones técnicas que pueden mitigar los riesgos, por ejemplo, pagar las costas a través de un fondo fiduciario o una fundación, de manera que no sean asumidos directamente por la empresa.

Sin embargo, esta situación solo terminará acentuando la necesidad de que este tipo de asistencia jurídica pueda optar a asistencia letrada, y que esta sea asequible y cuente con los recursos correspondientes. También destaca el papel que pueden desempeñar los defensores de la sociedad civil y los organismos de desarrollo en los esfuerzos por garantizar que las comunidades estén capacitadas para tomar decisiones informadas y negociar de manera efectiva.

Principales recomendaciones 4.3

- ✓ Los abogados comerciales pueden desempeñar un papel importante en la promoción de la aplicación de las Directrices analizando las implicaciones que conllevan para sus clientes.
- ✓ Tanto la prudencia como las consideraciones éticas aconsejan a los abogados que se tomen en serio las Directrices, en especial teniendo en cuenta los importantes riesgos de tenencia que pueden conllevar las inversiones en recursos naturales.
- ✓ Esta atención a las Directrices puede reflejarse en diferentes acciones, como integrar la adhesión a las Directrices en los procesos de diligencia debida o asesorar a los clientes sobre la conveniencia de mitigar el impacto, prevenir el riesgo o, en determinadas circunstancias, poner fin a la relación.
- ✓ Algunas de las actuaciones posibles en caso de contradicción directa entre la legislación nacional y las Directrices consisten en determinar si la legislación nacional es ambigua; solicitar aclaraciones al Gobierno o, incluso, impugnar la ley ante los tribunales nacionales, si resulta posible; y desarrollar soluciones, por ejemplo, procesos paralelos, que permitan a la empresa respetar los derechos legítimos de tenencia sin atentar contra las leyes nacionales.
- ✓ Los abogados comerciales quizás también deban considerar las Directrices en el contexto de las obligaciones territoriales aplicables en el ámbito, por ejemplo, de la corrupción.
- ✓ En aquellos casos en los que las empresas asumen las costas procesales de las comunidades con las que negocian, es preciso contar con acuerdos institucionales eficaces para evitar situaciones de conflictos de intereses.

5

**Resolución
de controversias
de tenencia**

5. Resolución de controversias de tenencia

Aunque los capítulos anteriores abordan principalmente las ventajas que conlleva aplicar las Directrices como medio para evitar controversias, la realidad muestra que los desacuerdos forman parte inevitable de la vida. En respuesta a dicha posibilidad, en este capítulo se explica cómo utilizar las Directrices para resolver controversias. Se comienza con una definición de lo que son las controversias sobre tenencia y por qué es un tema al cual los abogados y otros proveedores de servicios jurídicos deben prestar atención. A continuación, se examina el acceso a la justicia en casos de violación aparente de derechos de tenencia, se proporciona una reseña de las pautas contenidas en las Directrices para abordar procesos de resolución de controversias y las oportunidades que los jueces y legisladores pueden aprovechar para aplicar las Directrices en el desempeño de sus funciones.

5.1 Resolución de controversias de tenencia: conceptos básicos

5.1.1 ¿Qué son las controversias de tenencia?

Las pugnas por la tierra, la pesca y los bosques pueden dar lugar a controversias relacionadas con los derechos de tenencia sobre estos recursos que pueden producirse en el seno de una familia o entre varias familias, o enfrentar a individuos o comunidades con empresas privadas. Además, pueden acarrear demandas contra el Estado. Las controversias pueden tener diversos orígenes como, por ejemplo, herencias, límites territoriales o transacciones (véase el Recuadro 5.1). Es importante resolver las controversias sobre tenencia porque, en caso contrario, podrían escalar al punto de tornarse violentas. Además, contar con métodos legítimos y eficaces para la resolución de controversias es un factor importante para la protección de los derechos legítimos de tenencia y una de las principales funciones de la ley (FAO, 2014c).

Las Directrices hacen una distinción entre “controversia” y “conflicto” y analizan estos conceptos en las secciones 21 y 25, respectivamente. En términos generales, la noción de “controversia” que se utiliza en la sección 21 (véase el Recuadro 5.4) se refiere a reclamaciones contrapuestas pero limitadas sobre la tenencia que se pueden resolver aplicando la ley vigente.

Las controversias se analizan en la Parte 5 de las Directrices que aborda la administración de la tenencia, junto con los registros de los derechos de tenencia, la valoración, la tributación y la ordenación del territorio.

En cambio, el término “conflicto” que se describe en la sección 25 de las Directrices se utiliza en situaciones de agitación social o a gran escala que provocan cambios generalizados en los acuerdos de tenencia. Las Directrices también toman en consideración las leyes o normativas que generan situaciones de discriminación que pueden terminar en conflictos. El análisis de los conflictos en la sección 25 se encuentra en la Parte 6 de las Directrices, relativa a las emergencias, los desastres naturales y el cambio climático.

Los tipos de conflictos de tenencia a los que se hace referencia en la sección 25 suponen cuestiones complejas asociadas al derecho internacional público, incluido el derecho internacional humanitario, el derecho internacional relativo a los refugiados y la protección de los derechos legítimos de tenencia en situaciones de conflicto. No obstante, debido a las limitaciones de espacio y a que esta Guía ha puesto el énfasis en las leyes y políticas nacionales, estas cuestiones no se abordan en esta publicación. En cambio, este capítulo se centra en las repercusiones que tendrían las Directrices en términos de la resolución de controversias en materia de tenencia en el marco de la legislación nacional. No obstante lo anterior, al evaluar la legislación nacional, podría ser conveniente establecer si existen leyes y políticas discriminatorias que los Estados deban derogar y, de ser así, cómo hacerlo, de acuerdo con el análisis que se ofrece en la sección 25 de las Directrices.

RECUADRO 5.1
Ejemplos de
controversias
relacionadas con
la tenencia

Las controversias intrafamiliares pueden estar relacionadas con los derechos de tenencia de la mujer respecto de la herencia, por ejemplo, en casos en que la familia política de una viuda se apodera de sus tierras o embarcaciones para la pesca artesanal, llevándola a la pobreza, violando de esta manera las leyes de sucesión.

Un ejemplo de controversia entre familias es el de dos familias que pertenecen a la misma comunidad que no logran ponerse de acuerdo sobre los límites de sus respectivos terrenos. Un ejemplo de controversia entre comunidades sería la que se produce entre pastores y agricultores y la disputa que se produce respecto del acceso a fuentes de agua.

Cuando una empresa adquiere los derechos de tenencia sobre la tierra, la pesca o los bosques, se pueden producir controversias con las comunidades locales. Por ejemplo, es posible que las autoridades hayan otorgado concesiones forestales a operadores comerciales, lo que conlleva la expulsión de los usuarios de dichos bosques. Del mismo modo, el Estado puede haber concedido un permiso de obras a un inversionista privado para la construcción de un complejo turístico, lo cual podría tener como consecuencia el desplazamiento forzoso de los pescadores de la zona. La reasignación de derechos de pesca de un grupo de usuarios a otro, por ejemplo, de pescadores artesanales a pescadores comerciales o aficionados, también podría dar lugar a controversias sobre la tenencia.

5.1.2 Orígenes de las controversias en materia de tenencia

Las controversias relacionadas con la tenencia pueden surgir por distintos motivos. Los abogados y otros proveedores de servicios jurídicos deberían prestar especial atención a estas causas y sus especificidades. Algunos ejemplos recurrentes son la inseguridad de la tenencia, la escasez de recursos, la “calidad” de la legislación (o más bien, su falta de calidad) y la injusticia histórica (FAO, 2014c).

El tema de la inseguridad de la tenencia se analiza en otras secciones de la Guía (véanse los Capítulos 2 y 3, en particular). En pocas palabras, la inseguridad de la tenencia deriva del temor de los titulares de derechos de tenencia a no poder seguir disfrutando de los recursos cuya tenencia reclaman. Los grupos marginados son los que suelen ser los más perjudicados en estos casos.

La escasez de recursos, que está vinculada a la cuestión de la inseguridad de la tenencia, puede ser otra de las principales causas de controversias. El problema surge cuando los recursos naturales disponibles no alcanzan para satisfacer la demanda por una serie de motivos, entre ellos, el crecimiento demográfico, el aumento del consumo, las presiones comerciales o el consumo desigual entre los usuarios, así como la concentración de las tierras.

La calidad del proceso legislativo se analiza en el Capítulo 3. Las leyes poco claras o ambiguas pueden dar lugar a demandas concurrentes sobre, por ejemplo, un mismo terreno o bosque. La poca claridad respecto de la situación de los derechos consuetudinarios de tenencia es un motivo recurrente de controversias.

La injusticia histórica también puede dar lugar a controversias, en especial cuando las poblaciones afectadas continúan percibiendo los efectos de los reasentamientos forzados o la expropiación de la tenencia mucho tiempo después de producirse dichos sucesos.

5.1.3 Facilitar mecanismos de resolución de controversias relacionadas con la tenencia y la protección de los derechos legítimos de tenencia

Como se indicó anteriormente, proporcionar mecanismos para la resolución de controversias y para la protección de los derechos legítimos de tenencia es una de las principales funciones de la ley. Los abogados y otros proveedores de servicios jurídicos pueden desempeñar un papel fundamental en la resolución de controversias sobre tenencia. En prácticamente todos los países, la legislación nacional habrá establecido un sistema judicial formal que permite la resolución formal de controversias sobre tenencia. También habrá creado normas para determinar, por ejemplo, cómo serán nombrados los jueces; qué tribunales tendrán facultades para dirimir sobre qué tipo de causas (por ejemplo, algunos países han establecido tribunales especializados para ocuparse de las controversias sobre la tierra, como Colombia, Ghana, Kenya y México); qué leyes pueden aplicarse; los trámites necesarios para acceder a esos tribunales, si los hay; el procedimiento para manejar controversias, incluidas las alternativas de apelación; y los mecanismos para fomentar el cumplimiento y aplicación de los fallos para la resolución de controversias.

Sin embargo, los sistemas judiciales formales no siempre son el único medio para resolver controversias en materia de tenencia. Como se indicara en el Capítulo 2, pueden coexistir varios sistemas de tenencia en el mismo territorio, entre ellos, sistemas consuetudinarios y estatutarios. Los sistemas judiciales formales pueden convivir con sistemas extrajudiciales/no estatales de resolución de controversias en materia de tenencia, entre ellos, sistemas consuetudinarios y mecanismos de solución alternativa de controversias (SAC). De hecho, muchas disputas ni siquiera llegan a los tribunales porque se resuelven por otros vías como, por ejemplo, los mecanismos de SAC. El porcentaje de conflictos que se presentan ante los tribunales y llegan hasta el final del proceso judicial es muy bajo, ya que en la gran mayoría de los casos se resuelven extrajudicialmente.

La SAC abarca una amplia gama de mecanismos de resolución de controversias fuera de los sistemas judiciales, como la negociación, la mediación (véanse los Recuadros 5.2 y 5.3), la conciliación, la evaluación neutral anticipada y el dictamen pericial (FAO, 2014c). Pese a sus diferencias, los mecanismos de SAC comparten varias características; por ejemplo, el hecho de estar basados en el consentimiento de las partes. Además, la mediación y la conciliación buscan una solución para el problema, en lugar de decidir qué derechos deberían prevalecer en virtud de la legislación aplicable.

Este enfoque permite obtener resultados consensuados que resulten beneficiosos para todas las partes implicadas (FAO, 2014c), y probablemente serán más satisfactorios y respetados en comparación con, por ejemplo, un fallo de la corte cuya ejecución podría resultar difícil, dilatarse demasiado y ser bastante costosa. No obstante, la desigualdad en términos del poder de negociación también puede dar lugar a acuerdos no equitativos.

El arbitraje también suele considerarse un tipo de SAC. El arbitraje consiste en un acuerdo entre las partes: i) para remitir su disputa a un tribunal compuesto, por lo general, por uno o tres individuos neutrales; y ii) acatar la decisión del tribunal. A diferencia de los otros mecanismos de SAC indicados anteriormente, el arbitraje es un proceso “contencioso” cuyo resultado tiene carácter vinculante para las partes.

Las partes no están obligadas por ley a llegar a acuerdo mediante el SAC, sin embargo, en ocasiones la legislación exige que las partes hagan un intento por llegar a una solución por medio de procesos de SAC antes de remitir la causa al sistema judicial.

En muchos lugares del mundo, los sistemas consuetudinarios proporcionan mecanismos relativamente rápidos y económicos para resolver controversias relacionadas con la tierra, la pesca y los bosques. Existe una enorme diversidad de sistemas consuetudinarios para la resolución de disputas sobre tenencia, y muchos de ellos recalcan la importancia de los enfoques de SAC, como la negociación, la mediación y la conciliación.

RECUADRO 5.2 Mediación

Fuente: Open Society Justice Initiative, 2010.

La mediación se puede utilizar cuando una disputa no se puede resolver adecuadamente en un tribunal o cuando las partes no pueden o no se sienten cómodas presentando una demanda ante el sistema formal de justicia. Las partes deben acceder a participar en un proceso de mediación y estar dispuestas a llegar a una solución mediante un acuerdo y negociación facilitados por un mediador imparcial externo.

En comparación con las causas tramitadas ante los tribunales, la mediación puede resultar menos costosa, requerir menos tiempo y favorecer en mayor medida la restitución, la reconciliación y la rehabilitación entre las partes. La mediación está sujeta a menos normas de procedimientos y trámites, lo que permite a las partes presentar su caso con más tranquilidad y libertad. Además, es coherente con las prácticas tradicionales de compromiso y cohesión comunitarios, en vez de sanciones o el antagonismo que se genera entre ganadores y perdedores. Cuando los miembros de una comunidad deben convivir en estrecho contacto tras la resolución de una disputa, el enfoque de mediación, que consiste en buscar soluciones que resulten beneficiosas para todas las partes, puede contribuir a restaurar la armonía local. La mediación también puede ejercer una función preventiva en la medida en que se aplique en las etapas iniciales de una disputa, lo que disminuye las probabilidades de que se intensifique.

RECUADRO 5.3 Uso de la mediación para resolver problemas relacionados con la pesca en Australia Occidental

Fuente: Open Society Justice Initiative, 2010.

Como parte del proceso de aplicación de las directrices para la distribución voluntaria de recursos (*Guidelines for Voluntary Resource Sharing*), el Gobierno de Australia Occidental introdujo un sistema de ordenación pesquera basado en la negociación mediada a objeto de resolver controversias relacionadas con los recursos pesqueros y la distribución de las capturas. De esta manera, todos los usuarios, incluyendo la comunidad local y el organismo gubernamental de gestión del sector pesquero (Fisheries Western Australia), pueden participar más activamente en el diseño de gestión cooperativa aplicando la mediación.

La coexistencia de sistemas estatales y no estatales de resolución de controversias puede dar lugar a la práctica conocida como *forum shopping* o búsqueda de foros por conveniencia, donde una persona que quiere resolver una disputa (el demandante) elige el método que probablemente le resultará más ventajoso. En principio, esta práctica beneficia al demandante, sin embargo, podría ser injusta para el demandado, por ejemplo, cuando se permite que una persona que ya ha perdido una demanda pueda volver a presentarla por otra vía.

Cabe destacar que los sistemas judiciales no son necesariamente superiores a los sistemas consuetudinarios o a los métodos de SAC, en la medida en que estos últimos pueden considerarse más accesibles, gozar de considerable legitimidad y facilitar la resolución efectiva de controversias en materia de tenencia (Ubink y McInerney, 2011). Muchas disputas sobre tenencia no se someten a tramitación judicial debido a las barreras geográficas, culturales o lingüísticas que existen, a los elevados costos y a la lentitud de los procedimientos; la decisión final puede tardar varios años. Sin embargo, en casos en los que los sistemas tradicionales afianzan las desigualdades, por ejemplo, por género o condición, el sistema judicial podría transformarse en una buena alternativa, menos sesgada y sin tantos problemas de dominación en torno a temas como género, edad, clase social o etnia (FAO, 2013a).

Principales recomendaciones 5.1

- ✓ Los Estados deberían prestar especial atención a las disputas relativas a la tenencia. Proporcionar mecanismos legítimos y eficaces de resolución de controversias es un elemento importante de la protección de los derechos legítimos de tenencia: si no se resuelven las disputas, pueden intensificarse y tornarse un conflicto violento. Los abogados y otros proveedores de servicios jurídicos pueden desempeñar un papel fundamental en este sentido.
- ✓ Pueden surgir disputas sobre tenencia en diversas situaciones, por ejemplo, en el seno de una familia o entre varias familias, o entre individuos o comunidades y empresas privadas. Además, pueden acarrear demandas contra el Estado. Las controversias sobre la tenencia pueden producirse por diferentes motivos, como la herencia, límites territoriales o las transacciones, y pueden tener su origen en la inseguridad de la tenencia, la escasez de recursos, la “calidad” de la ley y la injusticia histórica.
- ✓ Los profesionales del área jurídica deberían considerar todas las alternativas de resolución de controversias. Los sistemas judiciales formales no son la única vía para resolver disputas en materia de tenencia: pueden existir también sistemas no estatales, como los sistemas consuetudinarios y los mecanismos de SAC.
- ✓ Los sistemas judiciales no son necesariamente superiores a los sistemas consuetudinarios o los métodos de SAC. En algunos contextos, estos pueden resultar más accesibles, gozar de considerable legitimidad y facilitar la resolución efectiva de las controversias en materia de tenencia.

21.1 “Los Estados deberían proporcionar acceso, por conducto de órganos judiciales y administrativos imparciales y competentes, a medios que permitan dar solución oportuna, asequible y eficaz a las controversias sobre los derechos de tenencia, incluidos los medios alternativos para dichas soluciones, y deberían proporcionar recursos procesales eficaces para ello y un derecho de apelación. Los medios procesales deberían aplicarse con prontitud. Los Estados deberían poner a disposición de todos mecanismos con el fin de evitar o resolver las posibles controversias en una fase preliminar, bien en el seno del organismo de ejecución o fuera de él. Los servicios de solución de controversias deberían ser accesibles para todos —mujeres y hombres— en cuanto a su localización física, los idiomas utilizados y los procedimientos”.

21.2 “Los Estados podrán estudiar el establecimiento de tribunales u órganos especializados dedicados únicamente a dirimir las disputas sobre los derechos de tenencia, y crear en el seno de las autoridades judiciales puestos de peritos para los asuntos técnicos. Los Estados podrán asimismo crear tribunales especiales para solucionar las disputas sobre ordenación reglamentada del territorio, agrimensura y valoración”.

21.3 “Los Estados deberían reforzar y desarrollar formas alternativas de resolución de conflictos, especialmente en el plano local. En los casos en que existan formas consuetudinarias o de otro tipo para la solución de controversias, estas deberían comprender procedimientos justos, fiables, accesibles y no discriminatorios de rápida solución de las controversias sobre los derechos de tenencia”.

21.4 “Los Estados podrán estudiar el recurso a los organismos de ejecución a fin de solucionar aquellas controversias sobre las que estos últimos tengan competencia técnica; así, por ejemplo, los encargados de la agrimensura podrían solucionar las controversias sobre límites entre parcelas individuales dentro de los contextos nacionales. Las decisiones deberían presentarse por escrito y basarse en juicios objetivos; debería existir el derecho de apelación ante las autoridades judiciales”.

21.5 “Los Estados deberían tratar de impedir la corrupción en los procesos de solución de controversias”.

21.6 “Al proporcionar mecanismos de solución de controversias, los Estados deberían esforzarse por proporcionar asistencia jurídica a las personas vulnerables y marginadas con el fin de garantizar a todos el acceso seguro a la justicia sin discriminaciones. Las autoridades judiciales y otros órganos deberían garantizar que su personal tenga los conocimientos y las competencias necesarios al objeto de proporcionar los servicios mencionados”.

Hay muchas otras referencias a la resolución de controversias en las Directrices, por ejemplo en los párrafos **3A.1.4** y **5, 4.7, 4.9, 6.1, 6.3, 6.6, 15.9** y **16.1**.

5.2 La resolución de controversias en las Directrices

Las Directrices reconocen el valor de la SAC (párr. 4.9) y ofrecen pautas para la resolución de controversias (Secc. 21 y otras disposiciones; véase el Recuadro 5.4).

Las disputas sobre la tenencia tienen mucho en común con las que se producen en otros ámbitos. Los desafíos son iguales o similares, por ejemplo, a la ausencia de estado de derecho en algunos contextos nacionales (véase el Capítulo 2), lo que puede minar la equidad del sistema judicial, favorecer la corrupción y, a la larga, llevar a la pérdida de confianza entre la población en el sistema judicial y la legitimidad que se le atribuye.

Un problema asociado a la ausencia de estado de derecho es la poca independencia de los jueces frente a intereses económicos y políticos, lo que repercutirá también en la legitimidad que se atribuye a los sistemas judiciales. Otro escollo son los escasos recursos con los que cuentan los sistemas judiciales, lo que puede provocar la acumulación de casos y, debido a esto, demoras considerables en los fallos. También pueden producirse problemas en lo que se refiere a la ejecución de las sentencias judiciales, en especial cuando la parte que perdió el caso la obstaculiza.

Las Directrices abordan estas cuestiones esenciales instando a los Estados a “proporcionar a todos, mediante el recurso a las autoridades judiciales o a otros instrumentos, una vía eficaz y accesible para la resolución de los conflictos sobre los derechos de tenencia” y a “poner en ejecución las resoluciones en plazos breves y a costos asequibles” (párr. 3A.1.4). También instan a los órganos judiciales a ser “imparciales y competentes” y recomiendan que los recursos procesales sean “eficaces” y se apliquen “con prontitud” (párr. 4.9). A objeto de garantizar la imparcialidad e independencia del sistema judicial, este debe contar con mecanismos adecuados de contratación de jueces, de determinación de ascensos y salarios, y de permanencia en el cargo, así como medidas anticorrupción.

Sin embargo, las controversias en materia de tenencia tienen características propias. Por ejemplo, puede resultar difícil presentar pruebas cuando la disputa afecta los derechos consuetudinarios de tenencia, sobre todo porque estos derechos no suelen estar documentados. Las controversias sobre derechos de tenencia se asocian con frecuencia a una gran desigualdad en las condiciones de participación y relaciones de poder, como en el caso de las disputas que enfrentan a mujeres con los ancianos hombres, o a pueblos indígenas con grandes inversionistas. Las Directrices prestan mucha atención a temáticas relacionadas con la resolución de controversias y reconocen la importancia de ciertas cuestiones, como el acceso a la justicia, la imparcialidad del poder judicial, los mecanismos de SAC y la ejecución oportuna, para el reconocimiento de los derechos legítimos de tenencia.

RECUADRO 5.4

Sección 21 de las Directrices: Resolución de controversias sobre derechos de tenencia

Las Directrices instan a los Estados a proporcionar servicios accesibles y oportunos de protección de los derechos de tenencia de los ciudadanos y a facilitar la realización de esos derechos y la resolución de conflictos (párr. 6.3). Para ello, brindan orientación en forma de medidas que pueden adoptar a objeto de:

- mejorar el sistema de justicia estatal formal, entre otras cosas, haciéndola más accesible, en especial para los grupos vulnerables, y velar por que los recursos sean ejecutados oportunamente (párrs. 21.1 y 21.6), y
- reforzar y desarrollar formas alternativas de resolución de conflictos, incluidos los sistemas consuetudinarios de resolución de controversias (párr. 21.3).

5.2.1 Facilitar el acceso al sistema judicial

En las Directrices se requiere que los servicios de resolución de controversias sean accesibles para todos en cuanto a su ubicación física y se insta a los Estados a adoptar las medidas necesarias que permitan a los grupos vulnerables o marginados a acceder a los servicios judiciales, por ejemplo, mediante asistencia judicial asequible y servicios móviles para comunidades en lugares remotos y pueblos indígenas nómadas (párrs. 6.6, 21.1 y 21.6).

Para ello, el sistema judicial tendría que acercarse más, tanto en términos geográficos como sociales, a los grupos vulnerables o marginados. Dependiendo del contexto, los mecanismos de resolución de controversias podrían delegarse para agilizar el proceso a nivel local. Puede que sea necesario descentralizar los tribunales y crear órganos jurídicos especiales o servicios móviles de resolución de controversias con competencia local. Los jueces pueden crear tribunales rotativos o móviles que acudan periódicamente a las zonas remotas para resolver los conflictos en el mismo lugar.

Se pueden crear juzgados de paz o tribunales para causas de menor cuantía en zonas rurales, o se puede capacitar y certificar a dirigentes locales para ejercer de representantes locales de los sistemas judiciales nacionales, con atribuciones claras de fiscalización y apelación. Varios países, como Botswana y el Brasil, ya han creado sistemas de este tipo (véase el Recuadro 5.5).

Si se quiere garantizar el acceso de todos los ciudadanos al sistema de justicia, la estructura de costas judiciales debería tomar en consideración la capacidad económica de las partes. Se podría proporcionar asistencia asequible y ofrecer representación jurídica gratuita a los más pobres (véase el Recuadro 4.7 sobre el tema de la asesoría legal gratuita).

Una de las funciones de los Tribunales de tierras (*Land Board*) de Botswana, establecidos en virtud de la Ley de Tierras Tribales (*Tribal Land Act*) de 1968, era instruir y dirimir controversias relacionadas con concesiones y derechos de tierras consuetudinarias en zonas sobre las que tienen jurisdicción. Sin embargo, muchos de los habitantes del lugar vivían lejos de estos tribunales y, en consecuencia, no podían acudir a ellos. Debido a esto, en 1973 se promulgó el Decreto de Establecimiento de Tribunales de Tierras Subordinados (*Establishment of Subordinate Land Boards Order*) para establecer una red de tribunales de tierras locales "subordinados", ubicados más cerca de las comunidades.

Brasil cuenta desde la década de 1980 con un sistema de "tribunales especiales" o "tribunales para causas de menor cuantía" locales que se ocupan de casos civiles y penales menores. El objetivo de esto es facilitar el acceso de la población de escasos recursos a la justicia, estableciendo procedimientos más rápidos y menos costosos, centrados en la mediación. El procedimiento se definió formalmente en la Ley Federal N.º 9.099/95. Lo innovador de este sistema es que intenta limitar las derivaciones a tribunales formales al fijar un proceso de mediación obligatorio para intentar llegar a un acuerdo.

RECUADRO 5.5 Mejorar el acceso a la justicia en Botswana y el Brasil

Fuente: FAO, 2010.

Fuente: Ferraz, 2010.

5.2.2 Eliminar los requisitos jurídicos y de procedimiento innecesarios, y simplificar los procesos judiciales

Las Directrices establecen que los Estados deberían eliminar los requisitos jurídicos y de procedimiento innecesarios y tratar de eliminar los obstáculos relacionados con los derechos de tenencia (párr. 6.3), y recomiendan que los servicios de resolución de controversias sean accesibles para todos en cuanto a los idiomas y procedimientos utilizados, entre otros aspectos (párr. 21.1).

Para ello, y dependiendo del contexto, puede ser necesario flexibilizar las disposiciones que rigen los procedimientos judiciales y adaptarlas a las necesidades y capacidades de la población de escasos recursos y los grupos marginados en zonas rurales. Por ejemplo, se puede permitir que demandantes de escasos recursos se representen a sí mismos en su lengua nativa, en especial en causas de menor cuantía, y que quienes los representen no necesariamente tengan que ser abogados titulados. Los tribunales podrían aceptar la legitimidad de una gama más amplia de pruebas como, por ejemplo, testimonios orales (véase el Recuadro 5.6), incluso en casos en que se requieran pruebas de derechos de tenencia.

RECUADRO 5.6
Formalización de pruebas
“basadas en el paisaje”
y consentimiento para
utilizar el testimonio
oral como prueba de
derechos de tenencia de
tierras en África oriental y
meridional

Fuente: FAO, 2010.

En Botswana, Mozambique y la República Unida de Tanzania, la legislación admite el régimen probatorio tradicional o “pruebas basadas en el paisaje” en todos los niveles del sistema judicial y le asigna el mismo peso jurídico que el régimen probatorio formal.

En Mozambique, el testimonio oral de los vecinos es suficiente para determinar si una demanda por tierras es válida y aplicable. El peso jurídico del testimonio oral colectivo presentado públicamente ante toda la comunidad (cuya falsificación suele resultar más difícil que si se tratara de un papel o una declaración individual) tiene la misma validez jurídica que un testimonio bajo juramento ante el tribunal. Mozambique ha encontrado la manera de abordar el problema de las altas tasas de analfabetismo en los pueblos rurales y la necesidad de presentar pruebas escritas de derechos consuetudinarios sobre tierras otorgando validez jurídica al testimonio oral grupal como elemento probatorio.

Siempre que la ley lo permita, los jueces podrían hacer un esfuerzo por simplificar el lenguaje empleado para que el ciudadano común pueda entender y asegurarse de que las personas de escasos recursos comprendan los procedimientos judiciales. Los tribunales también podrían proporcionar intérpretes para que puedan comunicarse en su propia lengua y entender las diligencias.

De igual manera, se podría flexibilizar el reglamento, lo cual permitiría a más personas emprender acciones legales y a organizaciones representar a individuos y presentar demandas colectivas. No obstante, es necesario realizar una profunda reflexión sobre el régimen de prescripción, tomando en consideración el tiempo que puede demorar emprender acciones legales, especialmente en el caso de los grupos marginados.

5.2.3 Selección y capacitación en un sistema judicial diverso

En las Directrices se insta a los Estados a asegurar que las autoridades judiciales dispongan de adecuadas capacidades humanas, físicas, financieras y de otro tipo para aplicar las políticas y leyes de manera oportuna y eficaz, incorporando la perspectiva de género. En las Directrices se recomienda que el personal en todos los estamentos reciba capacitación, y en su contratación se deberían tener en cuenta la igualdad de género y social (párr. 6.1). Para garantizar una gobernanza responsable que refleje toda la diversidad de género, racial, étnica, social y religiosa existente, los Estados podrían

adoptar medidas expresas para contratar a jueces de una diversidad de perfiles y para motivar a mujeres y miembros de pueblos originarios a postular a cargos judiciales. La legislación debería, además, prohibir la discriminación en los procesos de selección para estos cargos.

Quizás también sea necesario capacitar a los jueces para garantizar que personas y grupos de escasos recursos y en situación de marginalidad tengan las mismas oportunidades que tienen otros litigantes de ejercer sus derechos y ser escuchados, y para que adopten medidas para que la disposición de su sala de audiencia sea menos intimidante o represiva para la diversidad de litigantes que concurren. Esta capacitación puede incluir: fortalecer de la capacidad de los jueces para proteger los derechos humanos y hacer valer los derechos previstos en la legislación nacional y en los instrumentos internacionales como las Directrices; destacar el papel de los jueces como protectores de derechos y como árbitros imparciales; ayudar a los jueces a abordar y superar sus propias predisposiciones; y revisar los códigos de conducta judiciales nacionales pertinentes que hagan hincapié en la integridad, imparcialidad, independencia y rendición de cuentas del sistema judicial. La experiencia de la FAO en Mozambique a finales de la década de 1990 y principios de 2000 sugiere que muchos jueces no conocían aún la Ley de Tierras de 1997 y no comprendían plenamente sus nuevos principios e implicancias. Algunos continuaban refiriéndose a la legislación de la época colonial y no estaban familiarizados con los principios constitucionales del país (comunicación personal de Christopher Tanner, ex Asesor técnico principal del Programa de educación jurídica de la FAO).

5.2.4 Fortalecimiento de los sistemas consuetudinarios de justicia mediante su integración a los sistemas estatutarios

En las Directrices se recomienda a los Estados reforzar y desarrollar formas alternativas de resolución de conflictos, incluidos los sistemas consuetudinarios de justicia (párr. 21.3). Como fuera indicado anteriormente, estos sistemas muchas veces permiten resolver disputas locales sobre tenencia de manera rápida y a bajo costo. Las relaciones de colaboración entre los distintos estamentos judiciales, ya sea formales o informales, facilitan el acceso y utilización del sistema de justicia y permiten reducir la cantidad de procesos.

Los programas impulsados por los gobiernos para capacitar a líderes tradicionales para que puedan entender las leyes nacionales y los derechos humanos, con perspectiva de género, constituyen avances importantes en esta dirección. Las autoridades judiciales también podrían ofrecer apoyo permanente a líderes tradicionales y fiscalizar sus decisiones a fin de garantizar su conformidad con los principios constitucionales e internacionales de derechos humanos pertinentes. A su vez, estos líderes podrían colaborar con los jueces en diversos ámbitos, por ejemplo, para ayudarlos a entender las normas consuetudinarias y la lógica que sustenta las concepciones de justicia y equidad a nivel local (FAO, 2010).

5.2.5 Establecimiento de un sistema de apelación judicial claro y asequible

En las Directrices se insta a los Estados a garantizar el derecho de apelación (párr. 21.1). Se pueden establecer procesos de apelación claros y sencillos para evitar que se produzcan errores judiciales y casos de corrupción, y para garantizar la coherencia de los fallos judiciales.

Los procedimientos claros y expeditos permiten a las partes impugnar fallos judiciales o arbitrajes de sistemas consuetudinarios que consideraran injustos. Es importante que los grupos de bajos ingresos y vulnerables tengan acceso al menos a los primeros niveles de apelación. Queda margen para la innovación; por ejemplo, los magistrados y jueces podrían viajar por las zonas de su jurisdicción conforme a un calendario fijo para celebrar audiencias en los mismos pueblos.

5.2.6 Fortalecimiento del control judicial y demás mecanismos de rendición de cuentas

En la misma línea de la promoción del estado de derecho (véase el Capítulo 2), en las Directrices se presupone que las autoridades judiciales serán imparciales. También se insta a los Estados a impedir la corrupción en los procesos de resolución de controversias (párrs. 21.1 y 21.5).

La imparcialidad e independencia del sistema judicial son la piedra angular de la gobernanza responsable; los tribunales son el último recurso para exigir que otros órganos de gobierno y otros actores involucrados cumplan sus compromisos con respecto a los derechos de tenencia. Por ende, contener posibles casos de corrupción en el sistema de justicia es fundamental si se quiere proteger los derechos de tenencia de la población en situación de pobreza y los grupos vulnerables.

En algunos casos, el cohecho en el sistema judicial podría evitarse garantizando salarios justos y manteniendo rigurosas normas éticas y tolerancia cero a infracciones. Juicios y audiencias abiertos al público, la obligación de transcribir las deliberaciones y la publicación de todos los fallos podría asegurar mayor transparencia, disuadir actos de corrupción, garantizar mayor coherencia entre un fallo y otro, y establecer precedentes judiciales más sólidos.

Permitir mayor acceso a los fallos judiciales podría mejorar los procesos de apelación: al contar con la transcripción del juicio y un registro claro de la argumentación del juez, el órgano revisor podría analizar la resolución impugnada más fácilmente e identificar situaciones de discriminación, errores de hecho o de derecho, corrupción, subversión de la justicia u otras cuestiones que pudieron haber tenido alguna injerencia en el fallo original. Los medios de comunicación pueden exponer casos de corrupción judicial y poner de relieve la necesidad de reformas al sistema de justicia.

En algunos contextos, podría ser necesario introducir programas de promoción y sensibilización tanto en el poder Ejecutivo como Legislativo a fin de generar un mayor compromiso con la creación de un sistema judicial más competente, independiente e imparcial.

5.2.7 El cumplimiento de la ley y los fallos judiciales

Uno de los principios de aplicación de las Directrices trata sobre el estado de derecho y recomienda velar por la aplicación equitativa de las leyes (párr. 3B.7). Las Directrices también indican que el Estado debería proporcionar recursos procesales eficaces que puedan aplicarse con prontitud (párrs. 4.9 y 21.1). El Estado puede participar activamente en la ejecución de los fallos judiciales, estableciendo procedimientos eficaces para tal fin, castigando a los infractores y exigiendo a las partes el cumplimiento de los compromisos y el respeto de los derechos de tenencia.

Principales recomendaciones 5.2

- ✓ El Estado debería velar por la imparcialidad e independencia del sistema judicial, pues estas características son esenciales para la gobernanza responsable. Este mandato requiere de la adopción de medidas adecuadas de contratación de jueces, ascensos y salarios, y de permanencia en el cargo, y medidas anticorrupción.
- ✓ Los servicios de resolución de controversias deberían ser accesibles para todos en cuanto a su ubicación física. Se debería ayudar de forma especial a los grupos vulnerables o marginados a acceder a los servicios judiciales, disponiendo de asistencia judicial asequible y servicios móviles para comunidades en lugares remotos y pueblos indígenas nómadas, entre otras medidas.
- ✓ Las autoridades judiciales deberían disponer de adecuadas capacidades humanas, físicas, financieras y de otro tipo para aplicar las políticas y leyes de manera oportuna y eficaz, incorporando la perspectiva de género.
- ✓ Los Estados deberían considerar la conveniencia de capacitar a los jueces con el fin de garantizar que personas de escasos recursos y grupos marginados tengan las mismas oportunidades que tienen otros litigantes de ejercer sus derechos y ser escuchados, y para que adopten medidas para que la forma de disponer sus salas sea menos intimidante o represiva para una diversidad de litigantes.
- ✓ Para facilitar el acceso a la justicia de grupos marginados y personas de escasos recursos, podría ser necesario replantear algunos requisitos tradicionales, por ejemplo, el idioma en el que se desarrollan los procesos judiciales, el peso de los testimonios orales, las normas de legitimación y los regímenes de prescripción.
- ✓ Se debería emprender acciones para fortalecer los vínculos entre los sistemas de justicia consuetudinarios y formales y para permitir presentar apelaciones a decisiones de tribunales consuetudinarios en tribunales formales.
- ✓ Los Estados deberían velar por la ejecución oportuna de las sentencias judiciales mediante, entre otras medidas, la definición de procedimientos de ejecución y sanciones a los infractores.

5.3 Utilización de los procesos de resolución de controversias para promover la aplicación de las Directrices

Como se indicó en el Capítulo 2, en las Directrices se insta a los Estados a proteger los derechos legítimos de tenencia (párr. 4.5). Para ello, llaman a los Estados a, entre otras cosas, facilitar el acceso a la justicia para hacer frente a las violaciones de los derechos legítimos de tenencia (párr. 3.1.4). Cuando las disputas no pueden resolverse aplicando otros mecanismos, los tribunales pueden ofrecer una estrategia establecida para la resolución de conflictos y garantizar la protección de los derechos legítimos de tenencia.

Un litigio es un conflicto calificado y elevado a un tribunal para que sea dirimido por uno o varios jueces. La mera amenaza de un litigio puede ser un elemento importante para las iniciativas de empoderamiento jurídico. En caso de grave injusticia o estancamiento en la resolución de controversias, o si la parte demandada se toma el asunto muy a la ligera, los organismos privados y los funcionarios gubernamentales probablemente se mostrarán más receptivos si existe la posibilidad de que el asunto efectivamente sea acogido por los tribunales.

Los abogados y otros proveedores de servicios jurídicos deben tener cuidado al momento de decidir qué casos representarán y la estrategia que seguirán ya que la litigación suele tener altos costos y dilatarse bastante. Pueden pasar años antes de que se dicte sentencia final, período en el cual se requieren recursos financieros significativos.

Los proveedores de servicios jurídicos probablemente solo optarán por la litigación de estos casos si tienen alguna posibilidad de que produzca un gran impacto. La litigación puede no ser una buena estrategia si no existe un mecanismo jurídico de reparación efectiva o realista, como la restitución o la compensación, o si no existen garantías de que el fallo se ejecutará con prontitud y se cumplirá. Las organizaciones de servicios jurídicos de interés público pueden cumplir un rol importante en la fiscalización de la ejecución de las sentencias judiciales. Como se indicó anteriormente, la resolución extrajudicial de las controversias, a través de otras opciones como la mediación, podría evitar problemas relacionados con la ejecución de las sentencias.

Existen numerosos ejemplos de litigación ante tribunales nacionales relacionados con presuntas vulneraciones de los derechos legítimos de tenencia (véase el Recuadro 5.7).

RECUADRO 5.7
Ejemplos de casos
presentados ante
tribunales nacionales en
Colombia, Kenya y el Reino
Unido de Gran Bretaña e
Irlanda del Norte

Fuentes: <http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/95729/> y contribución de un participante en el taller celebrado en febrero de 2015 para la elaboración de esta Guía.

Fuentes: *The Bodo Community and others v. The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limited*, Royal Courts of Justice, 20 June 2014 (disponible en <http://www.hendersonchambers.co.uk/wp-content/uploads/2014/06/Bodo-jment-prelim-issues.pdf>) y "Shell lawsuit (re oil spills & Bodo community in Nigeria)" (disponible en <http://swarb.co.uk/the-bodo-community-and-others-v-the-shell-petroleum-development-company-of-nigeria-ltd-tcc-20-jun-2014/>).

Fuente: FIAN, sin fecha.

En 2014, el tribunal de Kenya para causas relacionadas con el medio ambiente y la tierra (*Environmental and Land Court*) dictó sentencia en un caso histórico a favor de los demandantes que representaban a una comunidad de habitantes del bosque que habían sido expulsados de sus bosques ancestrales. El tribunal declaró que la expulsión vulneraba el derecho de los demandantes a la vida, los medios de vida, la dignidad y la no discriminación, además de sus derechos socioeconómicos, pero no dispuso ningún tipo de reparación para la comunidad y, casi un año después de la sentencia, aún no se habían adoptado medidas para determinar en qué tierras se puede producir el reasentamiento.

En 2012, los representantes de más de 15 000 comunidades de agricultores y pescadores de Nigeria entablaron una demanda transnacional ante la Corte de Inglaterra y Gales exigiendo compensaciones a la filial nigeriana de una multinacional petrolífera por dos vertidos de petróleo producidos en el Delta del Níger en 2008 y 2009. Tras cumplirse con éxito la mediación, la controversia se resolvió extrajudicialmente y la empresa se comprometió a compensar económicamente a cada individuo afectado y a abonar una suma de dinero para su uso en beneficio de la comunidad en su conjunto. Al resolverse la disputa por mediación, cada uno de los afectados pudo recibir su indemnización antes que si se hubiera seguido el proceso judicial hasta el dictamen final, debido a la incertidumbre respecto de la posible sentencia y el tiempo que habrían demorado las apelaciones y las medidas de ejecución de la eventual sentencia.

En 2011, la Corte Constitucional de Colombia determinó que el desalojo forzoso de personas desplazadas por empresas productoras de aceite de palma había sido ilegal y ordenó una nueva evaluación del proceso de desalojo que, de realizarse de conformidad con la ley, permitirá a las familias adquirir los títulos de propiedad y volver a ocupar dichos terrenos.

El caso del Delta del Níger que se expone en el Recuadro 5.7, constituye un buen ejemplo del contexto extraterritorial en el cual los litigios relacionados con presuntas vulneraciones de los derechos legítimos de tenencia pueden desarrollarse: pese a que la denuncia fue hecha contra una empresa nigeriana, las comunidades afectadas interpusieron la demanda contra la casa matriz en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Aún si no es posible o no corresponde interponer una demanda transnacional de este tipo, las comunidades o sus representantes legales podrían obtener información importante de la casa matriz, por ejemplo, presentando en los tribunales federales de los Estados Unidos de América una petición conforme al artículo 1782 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*). Dicho artículo, incluido en el título 28 del Código, es una ley federal que permite que las partes en procesos judiciales iniciados fuera de los Estados Unidos de América recurran a tribunales estadounidenses para obtener pruebas, que utilizarán en procedimientos fuera del país. Este instrumento se utilizó en un caso ante un tribunal de Tanzania relacionado con una disputa entre comunidades seminómadas y la filial nacional de una empresa estadounidense (*EarthRights International*, 2014).

También se puede litigar ante organismos internacionales, como las cortes regionales o internacionales de derechos humanos. Los derechos de tenencia y los derechos humanos son conceptos diferentes pero están relacionados entre sí (ACNUDH, 2014; Cotula, 2014b). Varios derechos humanos guardan relación directa con los derechos de tenencia, como el derecho

a la alimentación, a la vivienda, a un medio ambiente adecuado y a la propiedad. Cada vez más se está acudiendo a tribunales regionales de derechos humanos, en especial en África, América Latina y Europa (*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, 2001; *El pueblo saramaka c. Suriname*, 2007; *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International v. Kenya on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya*, 2003; *African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya*, 2012; *Papastavrou and Others v. Greece*, 2003).

La labor de los órganos revisores de tratados y los Relatores Especiales de las Naciones Unidas no se reduce solo a litigios formales ante los tribunales regionales de derechos humanos, sino también a facilitar medios para intervenir en caso de vulneración de los derechos humanos en el contexto de la gobernanza de la tenencia (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Camboya, 2012; Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar, 2013; Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, 2012).

Otros métodos de resolución de desavenencias, como los mecanismos de reclamación, también pueden ser una vía efectiva para la resolución de controversias sobre tenencia y para garantizar la protección de los derechos legítimos de tenencia. Como fuera indicado en el Capítulo 4, en las Directrices se insta a las empresas a establecer mecanismos no judiciales de protección (párr. 3.2). Además de estos mecanismos de reclamación encabezados por las empresas, existen otros mecanismos de reclamación facilitados por instituciones financieras internacionales, como la Corporación Financiera Internacional (CFI), y por organismos de certificación multilaterales basados en productos, como la Mesa Redonda sobre el Aceite de Palma Sostenible. Además, la OCDE ha establecido Puntos Nacionales de Contacto (PNC) para la promoción y aplicación de las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales en países que se han adherido a ellas.

Los mecanismos de reclamación son uno de los tantos métodos (en ocasiones transnacionales) disponibles para que las comunidades cuyos derechos de tenencia han resultado afectados puedan intentar defenderlos, a menudo con ayuda de ONG.

La posibilidad de que las partes que tramitan su causa ante tribunales nacionales puedan fundamentarla en el derecho internacional dependerá de las leyes del país. En muchas jurisdicciones, para que las partes puedan invocar un tratado internacional ante los tribunales nacionales, éste tiene que estar incorporado a la legislación nacional. Es más, aunque las partes no puedan recurrir al tratado para sustanciar su causa, sí lo podrían hacer argumentando que, de ser ambigua la ley nacional, debe ser interpretada de manera tal que mantenga coherencia con los compromisos internacionales.

Como se señaló en el Capítulo 2, las Directrices no son un instrumento jurídicamente vinculante y no crean obligaciones legales. No obstante, tienen carácter persuasivo y podrían, por ende, resultar útiles en procesos de resolución de controversias. En consecuencia, en las causas que se tramitan en tribunales nacionales o internacionales se podría hacer referencia a las Directrices, por ejemplo, en caso de ambigüedad en las disposiciones de una ley nacional, argumentando que dichos términos deberían interpretarse de manera tal que guarden coherencia con ellas. Las Directrices también pueden brindar orientación para interpretar cómo debería entenderse y protegerse el derecho a la alimentación, a la vivienda y a la propiedad.

Algunos órganos judiciales han hecho referencia explícita al derecho indicativo internacional. Por ejemplo, la Corte Suprema de Belice determinó que, debido a que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incorpora principios generales del derecho internacional, debía ser examinada detenidamente en el caso *Belize – Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize*. Cuando exista una confluencia notoria entre los principios establecidos en el derecho internacional vinculante y los contenidos en un instrumento de

derecho indicativo como las Directrices, es de esperar que los órganos judiciales se apoyen en las Directrices para identificar o interpretar la legislación aplicable.

Las disputas por la tenencia pueden ser excepcionalmente encarnizadas, y la decisión de defender los derechos propios supone un gran riesgo personal. Al presentar una demanda, los clientes y los miembros de la comunidad podrían recibir amenazas o sufrir violencia o acoso. Las amenazas de represalias pueden venir no solo de figuras poderosas interesadas en mantener el *statu quo*, sino también de la familia y la comunidad del demandante.

Las organizaciones de servicios jurídicos de interés público deberían tener en cuenta el peligro que supone para una persona o comunidad emprender acciones legales. Los proveedores de servicios jurídicos quizás tengan que ayudar a las comunidades a acceder a los medios necesarios para proteger sus vidas e intereses durante el proceso judicial y tras su conclusión. En este respecto, en las Directrices se insta específicamente a los Estados a proteger los derechos civiles y políticos de los defensores de los derechos humanos, en especial los derechos humanos de los campesinos, pueblos indígenas, pescadores, pastores y trabajadores rurales (párr. 4.8).

Principales recomendaciones 5.3

- ✓ Los abogados deben considerar la posibilidad de utilizar el litigio como mecanismo de protección de los derechos legítimos de tenencia. Sin embargo, será necesario elegir estratégicamente las causas que presentarán ante la corte, ya que los litigios resultan costosos y pueden tardar en resolverse.
- ✓ Cuando existan factores ajenos al ámbito jurídico que limiten la aplicación de los fallos judiciales, las organizaciones de servicios jurídicos de interés público pueden cumplir un rol importante en la fiscalización del proceso de implementación. La resolución extrajudicial de controversias, por ejemplo, a través de un proceso de mediación, también permitiría evitar problemas asociados a su cumplimiento.
- ✓ Las causas judiciales pueden ser tramitadas ante tribunales nacionales u organismos internacionales, como las cortes regionales de derechos humanos. Además, la labor de los órganos revisores de tratados de la ONU y los Relatores Especiales también pueden facilitar los medios para dilatar las demandas locales.
- ✓ Los abogados también deberían tomar en consideración el contexto extraterritorial de algunos litigios. De esta forma, las comunidades afectadas podrían demandar a una empresa matriz ubicada en un país donde el sistema jurídico y judicial funcionan correctamente y se basan en el estado de derecho. Además, los procesos judiciales podrían ayudar a las comunidades a obtener información que se podría utilizar después en los tribunales locales.
- ✓ Los abogados mercantiles deberían apoyar la creación de mecanismos internos de reparación que permitan resolver efectivamente las controversias sobre tenencia y garantizar la protección de los derechos legítimos de tenencia y los derechos humanos.
- ✓ A pesar de que las Directrices no establecen obligaciones jurídicas vinculantes, los jueces podrían recurrir a ellas en los procesos de resolución de controversias, por ejemplo, como ayuda a la interpretación de disposiciones ambiguas de la legislación.
- ✓ Los procesos judiciales pueden conllevar peligros para los individuos o comunidades que los inician. Los abogados deberían estudiar si conviene ayudar a las comunidades a acceder a los medios necesarios para proteger sus vidas e intereses durante el proceso judicial y tras su conclusión.

6

Perspectivas futuras

6. Perspectivas futuras

Las Directrices representan un avance importante de considerable relevancia jurídica. Encauzar las leyes en función de la aplicación de las Directrices permitiría avanzar en la gobernanza de la tenencia en todo el mundo y así promover la realización progresiva del derecho a condiciones de vida propicias, las que incluyen el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a la vivienda. La FAO ha jugado un papel importante en la elaboración y divulgación de las Directrices, entre otras cosas, en el proceso de elaboración de esta guía técnica y material de capacitación. Sin embargo, la aplicación de las Directrices dependerá en definitiva de los esfuerzos conjuntos de una gama mucho más amplia de actores. De hecho, las Directrices no son propiedad de la FAO, sino de muchas organizaciones, países y empresas que han participado en su elaboración y se han comprometido a promoverlas. Los abogados pueden cumplir un rol importante en este proceso. Aplicar las Directrices en la interpretación y administración de la ley requiere del aporte de diversos actores, procesos, herramientas y factores impulsores.

Actores. La diversidad y complejidad de los asuntos abordados en las Directrices exige que actúe una amplia gama de abogados y otros proveedores de servicios legales, desde profesionales del área jurídica que asesoran a los gobiernos o parlamentos hasta jueces, abogados mercantilistas y organizaciones de servicios jurídicos de interés público. Cada grupo de juristas aborda los problemas relacionados con la tenencia desde distintas perspectivas y contextos. No obstante, como se ha señalado en esta Guía, todos ellos pueden marcar una diferencia real en términos de promover la aplicación de las Directrices en el ámbito de su quehacer. El rol que desempeñarán en sus respectivas áreas dependerá de sus funciones y perfiles profesionales. Estas funciones pueden incluir el asesoramiento y la prestación de asistencia a gobiernos, legisladores, empresas, ONG, agrupaciones de pueblos indígenas y productores rurales, comunidades e individuos para que adopten medidas que promuevan la gobernanza responsable de la tenencia.

A fin de mantener el interés de estos grupos de juristas tan diversos, los académicos del área jurídica pueden ayudar a crear conciencia entre los estudiantes de derecho sobre la importancia de las Directrices desde el inicio de su carrera profesional. Los colegios de abogados pueden contribuir a este propósito difundiendo información sobre las Directrices a través de los centros de documentación, creando conciencia, estableciendo normas, ofreciendo capacitación y otras oportunidades de formación profesional continua.

Procesos. Estos grupos heterogéneos de proveedores de servicios jurídicos deben aplicar las Directrices en una diversidad de procesos, muchos de los cuales han sido analizados en esta Guía. Estos procesos incluyen, por ejemplo, evaluar y reformar la legislación nacional,

ejercer los derechos mediante procedimientos administrativos y a través de tribunales nacionales e internacionales, aplicar las Directrices en el contexto de la diligencia debida y de ejercicios de cumplimiento corporativo, y difundir información a través de diversos canales de comunicación y sensibilización. A medida que aumenta la experiencia en el uso de las Directrices y van cambiando las necesidades de la sociedad, podría también ir ampliándose y evolucionando la gama de procesos en los que su aplicación puede resultar útil.

Herramientas. Los proveedores de servicios jurídicos pueden aprovechar las diferentes herramientas existentes para difundir y aplicar las Directrices en la práctica jurídica. Estas pueden incluir material de capacitación y guías prácticas, una serie de herramientas de capacitación y comunicación, aplicaciones que emplean tecnologías Web y de otros tipos, herramientas de evaluación jurídica, leyes y contratos tipo y códigos de conducta formulados por colegios de abogados o grupos de actores multisectoriales.

Factores impulsores. La adhesión a las Directrices en el ejercicio jurídico dependerá de una serie de factores que impulsen su aplicación, los cuales inevitablemente variarán según el cargo que ostenta y el perfil profesional del jurista. Un factor importante serán las medidas normativas que se adopten orientadas a armonizar la legislación y las prácticas con las Directrices, así como la sensibilización y el apoyo permanente del sector público a la aplicación de las Directrices. Otro factor es su adhesión por parte de los organismos donantes, lo que puede fomentar su aplicación en el ejercicio jurídico, por ejemplo, en el marco de las intervenciones en apoyo a reformas legislativas y su implementación, o como requisito para recibir apoyo financiero para proyectos de inversión. La contextualización del quehacer y la responsabilidad profesional en estos casos y la posibilidad de asegurar trabajo remunerado por asesorar a sus clientes sobre las Directrices también pueden ser factores impulsores importantes para la adopción de las Directrices por parte de los juristas.

Todos estos elementos (agentes, procesos, herramientas y factores impulsores) son dinámicos e interdependientes, y se refuerzan entre sí. Su eventual activación podría generar el surgimiento de una comunidad transnacional de práctica que plasme la experiencia práctica colectiva adquirida mediante la aplicación de la ley para implementar las Directrices. Facilitar el intercambio permanente de experiencias entre los profesionales del área jurídica facilitará su adopción así como la transmisión del conocimiento especializado generado en diferentes contextos, y la creación de canales de comunicación y apoyo mutuo.

Las Directrices, aunque no son jurídicamente vinculantes, se fundamentan en el derecho internacional y en las mejores prácticas. El esfuerzo conjunto de los proveedores de servicios jurídicos por llevarlas a la práctica contribuirá a resguardar el estado de derecho, fortalecer la protección de los derechos humanos, mejorar la gobernanza de la tenencia y aumentar los estándares del ejercicio jurídico. El carácter fundamental de los aspectos jurídicos en las Directrices implica que los juristas pueden marcar una diferencia real. Promover la gobernanza responsable de la tenencia no es tarea fácil, no obstante, el compromiso de los proveedores de servicios jurídicos permitirá avanzar de manera significativa en este sentido.

Referencias

Referencias

Casos judiciales

African Commission on Human and Peoples' Rights v. The Republic of Kenya, re: the Ogiek, recurso n.º 006/2012, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Belize – Aurelio Cal et al. v. Attorney General of Belize, Corte Suprema de Belice (Demandas n.º 171 y 172 de 2007), 18 de octubre de 2007 (derechos de los mayas sobre la tierra).

Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International v. Kenya on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, recurso n.º 276/2003, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008.

Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo c. Belice, causa n.º 12.053, 12 de octubre de 2004, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni c. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Papastavrou and Others v. Greece, recurso n.º 46372/99, 10 de abril de 2003, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resguardo Indígena Embera Katio de Alto Andágueda c. Continental Gold Limited Sucursal Colombia y Otros, Tribunal Superior (Distrito Judicial de Antioquia, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras), sentencia n.º 007 de 23 de septiembre de 2014.

El pueblo saramaka c. Suriname, sentencia de 28 de noviembre de 2007, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Comunidad indígena sawhoyamaya c. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

The Bodo Community and others v. The Shell Petroleum Development Company of Nigeria Limiteds, sentencia de 20 de junio de 2014, Tribunales Reales de Justicia.

Legislación

Azerbaiyán	Ley N.º 155-IQ, de Reforma de las Tierras (<i>Law of the Azerbaijan Republic "On the land reform"</i>), de 16 de julio de 1996.
Botswana	Ley de Tierras Tribales (<i>Tribal Land Act</i>) de 1968.
Brasil	Ley Federal N.º 9.099/95 (<i>Lei Federal 9.099/95</i>).
Burkina Faso	Ley sobre el Régimen de las Tierras Rurales (<i>Loi portant régime foncier rural</i>) de Burkina Faso, N.º 034-2009 /AN, de 16 de junio de 2009.
Camboya	Ley de Tierras de Camboya, N.º NS/RKM/0801/14, de 30 de agosto de 2001.
Colombia	Ley General Forestal, N.º 1021, 2006 Ley de víctimas y restitución de tierras, N.º 1448, 2011.
Ecuador	Constitución del Ecuador, 2008.
Estados Unidos de América	Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (<i>Foreign Corrupt Practices Act</i>) de 1977, publicación n.º 95-213, 91 Stat. 1494 [versión modificada codificada en el Código de los Estados Unidos, título 15, artículo 78dd-1, y ss. 2012]]. Código de los Estados Unidos anotado, título 28, artículo 1782 (1996).
Fiji	Ley de Pesca (<i>Fisheries Act</i>) de Fiji, Capítulo 158, 1 de enero de 1941 (en su versión modificada). Reglamentaciones pesqueras, Capítulo 158, 6 de febrero de 1965, en su versión modificada y consolidada el 19 de julio de 1991.
Filipinas	Ley de los Derechos de los Pueblos Indígenas (<i>Indigenous Peoples Rights Act</i>) (Ley N.º 8371 de la República), de 29 de octubre de 1997. Constitución de la República de Filipinas, 2 de febrero de 1987.
Francia	Ley de diversas medidas de mejora de las relaciones entre la administración y el público, y de disposiciones diversas de naturaleza administrativa, social y fiscal (<i>Loi portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal</i>), Ley N.º 78-753, de 17 de julio de 1978, en su versión modificada en 2009. Ley relativa a la aplicación del principio de participación del público definido en el artículo 7 de la Carta Medioambiental (<i>Loi relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement</i>), Ley N.º 2012-1460, de 27 de diciembre de 2012.
Guinea-Bissau	Ley de Evaluación Ambiental N.º 10/2010 (<i>Lei 10/2010 sobre a Avaliação Ambiental</i>), de 24 de septiembre de 2010.
India	Ley del Derecho a la Compensación Justa y a la Transparencia en la Adquisición, Rehabilitación y Reasentamiento de Tierras de 2013 (<i>Right to Fair Compensation and Transparency in Land Acquisition, Rehabilitation and Resettlement Act, 2013</i>), Ley N.º 30 de 2013, de 27 de septiembre de 2013.

Kenya	Constitución de Kenya, 2010.
Liberia	Ley relativa a la Iniciativa sobre Transparencia en las Industrias Extractivas de Liberia (<i>Liberia Extractive Industries Transparency Initiative Act, o LEITI Act</i>), de 10 de julio de 2009.
Malí	Ley de Orientación Agrícola (<i>Loi d'orientation agricole</i>), N.º 06-045, de 5 de septiembre de 2006.
Mozambique	Ley de Tierras (<i>Lei de Terras</i>), N.º 19/97, de 1 de octubre de 1997. Decreto núm. 66/98, de 8 de diciembre de 1998, sobre el Reglamento por el que se desarrolla la Ley de tierras.
Nueva Zelandia	Ley de 1992 sobre Conciliación (Reclamaciones de Pesca) del Tratado de Waitangi (<i>1992 Treaty of Waitangi — Fisheries Claims— Settlement Act</i>), N.º 121, de 14 de diciembre de 1992. Ley de Pesca Maorí (<i>Maori Fisheries Act</i>), N.º 78, de 25 de septiembre de 2004.
Papua Nueva Guinea	Ley de Constitución de los Grupos de la Tierra (<i>Land Group Incorporation Act</i>), 1974.
República Democrática Popular Lao	Ley de Pesca, N.º 3/NA, de 9 de julio de 2009.
República Unida de Tanzania	Ley de Tierras (<i>Land Act</i>) de la República Unida de Tanzania de 1999, N.º 4 de 1999; Ley de Tierras (modificada) de 2004, N.º 2 de 2004.
Sudáfrica	Ley de Restitución de los Derechos sobre la Tierra (<i>Restitution of Land Rights Act</i>) y sus modificaciones, de 2 de diciembre de 1994.

Instrumentos internacionales

Instrumentos jurídicamente vinculantes

Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República Centroafricana relativo a la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de la madera y de los productos derivados importados en la Unión Europea (FLEGT), de 28 de noviembre de 2011.

Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Comunidad Europea y la República de Ghana relativo a la aplicación de las leyes, la gobernanza y el comercio de los productos de la madera importados en la Comunidad, de 20 de noviembre 2009.

Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República de Indonesia sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de los productos de la madera con destino a la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2013.

Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República de Liberia sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de los productos de la madera con destino a la Unión Europea, de 11 de julio de 2011.

Acuerdo de Asociación Voluntaria entre la Unión Europea y la República de Camerún sobre la aplicación de las leyes forestales, la gobernanza y el comercio de madera y productos derivados con destino a la Unión Europea (FLEGT), de 6 de octubre de 2010.

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 14 de diciembre de 2005.

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979.

Convenio N.º 169 de la OIT, Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 5 de septiembre de 1991.

Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), mayo de 1992.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 16 de diciembre de 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 16 de diciembre de 1966

Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los Derechos de la Mujer en África (Protocolo de Maputo), 2003.

Tratado de Waitangi, de 6 de febrero de 1840.

Instrumentos jurídicamente no vinculantes

Código de Conducta para la Pesca Responsable, octubre de 1995.

Framework and Guidelines on Land in Africa: Land Policy in Africa: A Framework to Strengthen Land Rights, Enhance Productivity and Secure Livelihoods (Marco y directrices sobre la tierra en África: Un marco para el fortalecimiento de los derechos sobre la tierra y el mejoramiento de la productividad y para garantizar los medios de subsistencia), septiembre de 2010.

Principios del CSA para la inversión responsable en la agricultura y los sistemas alimentarios, octubre de 2014.

Declaración de Roma sobre la Nutrición y Marco de Acción complementario, noviembre de 2014.

Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2011.

Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza (Directrices PPE), junio de 2014.

Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, mayo de 2012.

Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, noviembre de 2004.

Bibliografía

- Aciro-Lakor, R.H.** 2008. Land rights information centres in Uganda. En L. Cotula y P. Mathieu, eds. *Legal empowerment in practice: using legal tools to secure land rights in Africa*, pp. 71–76. Londres, IIED (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/pdfs/12552IIED.pdf>).
- ACNUDH (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).** Sin fecha. *Principios básicos y directrices sobre los desalojos y el desplazamiento generados por el desarrollo. Anexo I del Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado*, A/HRC/4/18. Nueva York y Ginebra (disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/Guidelines_sp.pdf).
- ACNUDH.** 2011. *Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. Nueva York y Ginebra (disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf).
- Agarwal, B.** 2009. *Gender and forest conservation: the impact of women’s participation in community forest governance*. *Ecological Economics*, 68(11): 2785–2799.
- Alden Wily, L.** 2005. *The commons and customary law in modern times: rethinking the orthodoxies*. Documento presentado en el taller Land Rights for African Development: From Knowledge to Action (Derechos sobre la tierra para el desarrollo de África: del conocimiento a la acción), organizado por el PNUD y la Coalición Internacional para el Acceso a la Tierra entre el 31 de octubre y el 3 de noviembre de 2005 (disponible en inglés en https://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/321/Commons_CustomaryLaw.pdf?sequence=).
- Alden Wily, L.** 2012. *Customary land tenure in the modern world rights to resources in crisis: reviewing the fate of customary tenure in Africa*—Brief #1 of 5. Washington, DC, RRI (disponible en inglés en http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_4699.pdf).
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.** 2014. *Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, E/2014/86. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (disponible en http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2014/86).
- Asamblea General de las Naciones Unidas.** 2011. *Principios de contratación responsable: integración de la gestión de los riesgos relacionados con los derechos humanos en las negociaciones entre Estados e inversores: orientación para los negociadores*. Anexo del Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/134/23/pdf/G1113423.pdf?OpenElement>).
- Asamblea General de las Naciones Unidas.** 2012. *Desarrollo agrícola y seguridad alimentaria*. Informe de la Segunda Comisión, Relatora: Sra. A. Hodžić. Asamblea General de las Naciones Unidas, documento con signatura A/67/443 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/652/22/PDF/N1265222.pdf?OpenElement>).
- Assemblée parlementaire de la Francophonie (APF).** 2012. *Résolution sur la régulation du foncier dans une perspective de souveraineté alimentaire*, Bruselas, del 8 al 12 de julio de 2012. Bruselas, Assemblée parlementaire de la Francophonie (APF) (disponible en francés en http://apf.francophonie.org/IMG/pdf/2012_07_session_58_Resolution_Regulation_du_foncier.pdf).
- Aust, A.** 2007. *Modern treaty law and practice*, 2ª edición. Cambridge, Cambridge University Press.

- Banco Asiático de Desarrollo.** 1988. Summary of the handbook on resettlement: a guide to good practice. Manila (disponible en inglés en <http://www.adb.org/documents/summary-handbook-resettlement-guide-good-practice>).
- Banco Mundial.** Sin fecha. *Themes of the LGAF*. Washington, DC (disponible en inglés en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTDEC/EXTRESEARCH/EXTPROGRAMS/EXTARDR/EXTLGA/0,,contentMDK:23379366~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:7630425,00.html>).
- Bollen, A. y Ozinga, S.** 2013. *Improving forest governance: a comparison of FLEGT VPAs and their impact*. Fern (disponible en inglés en <http://www.fern.org/improvingforestgovernance>).
- Brinkhurst, M. y Knight, R.** 2014. *Grassroots legal empowerment strategies for protecting rights to land, natural resources, and environment*. Documento presentado durante la 3ª Conferencia del UNITAR-Yale sobre Gobernanza y Democracia Ambiental celebrada del 5 al 7 de septiembre de 2014 en New Haven (EE.UU.) (disponible en inglés en <http://conference.unitar.org/yale2014/sites/conference.unitar.org.yale2014/files/2014%20UNITAR-Yale%20Conference-Brinkhurst%20and%20Knight.pdf>).
- Bruce, J.W. et al.** 2006. *Land law reform: achieving development policy objectives*. Washington, DC: Banco Mundial (disponible en inglés en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7198/374480Land0law01PUBLIC1.pdf?sequence=1>).
- Budlender, D. t Alma, E.** 2011. *Women and land: securing rights for better lives*. Ottawa, Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo (CIID) (disponible en <http://idl-bnc.idrc.ca/dspace/bitstream/10625/47433/1/IDL-47433.pdf>).
- Byamugisha, F.F.K.** 2013. *Securing Africa's Land for Shared Prosperity: A Program to Scale Up Reforms and Investments*. Africa Development Forum series. Washington, DC: Banco Mundial (disponible en inglés en <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/13837/780850PUB0EPI00LIC00pubdate05024013.pdf?sequence=1>).
- CDESC (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).** 1999. Observación general núm. 7: *El derecho a una vivienda adecuada: desalojos forzosos* (párrafo 1 del artículo 11). 20 de mayo de 1997, E/1998/22 (disponible en inglés en <http://www.refworld.org/docid/47a70799d.html>).
- CDESC.** 2013a. *Observaciones finales sobre el quinto informe periódico de Noruega*, E/C.12/NOR/CO/5 (disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/NOR/CO/5&Lang=En).
- CDESC.** 2013b. *Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico de Austria*, E/C.12/AUT/CO/4 (disponible en http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/AUT/CO/4&Lang=En).
- Comité de Pesca (COFI).** 2014. Informe del 39º período de sesiones del Comité de Pesca (Roma, 19-13 de junio de 2014), Roma, FAO (disponible en <http://www.fao.org/3/a-ML770s.pdf>).
- Colchester, M., MacKay, F., Griffiths, T. & Nelson, J.** 2001. *A survey of indigenous land tenure: a report for the land tenure service of the Food and Agriculture Organisation*. Moreton-in-Marsh, Forest Peoples Programme. (disponible en http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_1177.pdf).
- Comité Technique "Foncier et développement".** 2010. *Formulating a national policy to secure rural land tenure in Burkina Faso*, por D. Thieba. París, AFD y Ministère des Affaires étrangères et européennes (MAEE) (disponible en inglés en <http://www.foncier-developpement.fr/wp-content/uploads/Burkina-securisation-EN.pdf>).

- Comité Technique “Foncier et développement”.** 2014a. *Avancées, limites et défis de la réforme foncière rurale du Burkina Faso, Note de synthèse No. 5*. París, AFD, Ministère des Affaires étrangères et du Développement international (MAEDI) (disponible en francés en <http://www.foncier-developpement.fr/publication/avancees-limites-defis-reforme-fonciere-rurale-du-burkina-faso/>).
- Comité Technique “Foncier et développement”.** 2014b. *Guide to due diligence of agribusiness projects that affect land and property rights*. París, AFD (disponible en inglés en <http://www.foncier-developpement.fr/publication/guide-to-due-diligence-of-agribusiness-projects-that-affect-land-and-property-rights/>).
- Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.** 2004. *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*. Informe del Secretario General, S/2004/616 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/32/PDF/N0439532.pdf?OpenElement>).
- Cotula, L. ed.,** 2007. *Changes in “customary” land tenure systems in Africa*. Londres/Roma, IIED/FAO (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/12537IIED.html>).
- Cotula, L.** 2014a. *Foreign investment, law and sustainable development: a handbook on agriculture and extractive industries*. Natural Resource Issues No. 26, Londres, IIED (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/12587IIED.html?k=Foreign%20investment%20law%20and%20sustainable%20development>).
- Cotula, L.** 2014b. *Addressing the human rights impacts of ‘land grabbing’*. Bruselas, Parlamento Europeo, Subcomisión de Derechos Humanos (disponible en inglés en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534984/EXPO_STU\(2014\)534984_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534984/EXPO_STU(2014)534984_EN.pdf)).
- Cotula, L.** 2015. *Land rights and investment treaties: exploring the interface*. IIED Land Investment and Rights series. Londres.
- Cousins, B.** 2007. *More than socially embedded: the distinctive character of ‘communal tenure’ regimes in South Africa and its implications for land policy*. Journal of Agrarian Change, 7(3): 281-315.
- CSA (Comité de Seguridad Alimentaria Mundial).** 2012. *Informe del 38.º período (extraordinario) de sesiones del Comité de Seguridad Alimentaria Mundial* (11 de mayo de 2012), CL 144/9 (C 2013/20) (disponible en <http://www.fao.org/docrep/meeting/025/md958s.pdf>).
- CSA.** 2013. *Consultancy output 2: Comparative analysis of selected instruments on responsible investment: similarities, differences and gaps* (disponible en inglés en http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1314/rai/CFS_RAI_Comp_Anal_Sel_Instruments_EN.pdf).
- CSA.** 2014. *Informe del 41.º período de sesiones del Comité de Seguridad Alimentaria Mundial* (Roma, 13-18 de octubre de 2014) (disponible en http://www.fao.org/fileadmin/templates/cfs/Docs1314/CFS41/FinalReport/CFS41_Final_Report_SP.pdf).
- CSRC (Community Self Reliance Centre).** 2014. *CSO land reform monitoring report*, Nepal, por J. Basnet.
- De Schutter, O., Ramasastry, A., Taylor, M.B. & Thompson, R.C.** 2012. *Human rights due diligence: the role of States*. International Corporate Accountability Roundtable (ICAR) (disponible en inglés en http://issuu.com/_icar_/docs/human_rights_due_diligence__the_role_of_states?e=6698884/2680773).
- Djiré, M. con Keita, A. y Diawara, A.** 2012. *Investissements agricoles et acquisitions foncières au Mali: tendances et études de cas*. Londres/Bamako, IIED/GERSDA (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/pdfs/10037FIIED.pdf>).

Dudwick, N., Fock, K. y Sedik, D. 2007. *Land reform and farm restructuring in transition countries. The experience of Bulgaria, Moldova, Azerbaijan and Kazakhstan*. Documento de trabajo n.º 104. Washington DC, Banco Mundial.

EarthRights International. 2014. *Factsheet: In re application of Loserian Minis. Supporting and protecting the land rights of the Tanzanian Maasai herders* (disponible en inglés en <http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/factsheet-in-re-application-of-loserian-mines-eri.pdf>).

FLEGT (Plan de Acción sobre Aplicación de las Leyes, Gobernanza y Comercio Forestales de la Unión Europea [UE]) sitio Web. 2014. Indonesia (disponible en inglés en <http://www.euflegt.efi.int/indonesia>).

UE. 2011. *FLEGT Voluntary Partnership Agreement between Indonesia and the European Union briefing note*. Yakarta (disponible en inglés en <http://www.euflegt.efi.int/documents/10180/23029/FLEGT+Voluntary+Partnership+Agreement+Between+the+Republic+of+Indonesia+and+the+European+Union+---+Briefing+Note+May+2011/cfcd6026-55a9-4b7f-a28d-f147d9e6c9d5>).

FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura). Sin fecha. *Acerca de las Directrices voluntarias sobre la tenencia*. Roma (disponible en <http://www.fao.org/nr/tenure/voluntary-guidelines/es/>).

FAO. 2004a. *Informe del Consejo de la FAO. 127.º período de sesiones*. Roma, 22-27 de noviembre de 2004. Roma (disponible en <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/meeting/009/j3893s.pdf>).

FAO. 2004b. *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*. Roma (disponible en <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/009/y7937s/y7937s00.pdf>).

FAO. 2005. *Etude comparative de la mise en œuvre des Plans fonciers ruraux en Afrique de l'Ouest: Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire*, elaborado por H.M.G. Ouédraogo. Roma (disponible en francés en http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/lpo42fr.pdf).

FAO. 2006a. *Land tenure, food security and investment in postwar Sierra Leone*, elaborado por J.D. Unruh y H. Turray. Roma, Programa de apoyo a los medios de vida (LSP) de la FAO, documento de trabajo n.º 22 (disponible en inglés en <http://www.fao.org/3/a-ah243e.pdf>).

FAO. 2006b. *Making rights a reality: participation in practice and lessons learned in Mozambique*, elaborado por C. Tanner, S. Baleira, S. Norfolk, B. Cau y J. Assulai. Roma, Programa de apoyo a los medios de vida (LSP) de la FAO, documento de trabajo n.º 27. Access to Natural Resources Sub-Programme (disponible en inglés en <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/009/ah248e/ah248e00.pdf>).

FAO. 2007. *Legislative drafting guide: a practitioner's view. A resource for people working on international technical assistance projects*, elaborado por K. Rosenbaum. Roma, Documentos jurídicos en línea de la FAO n.º 64 (disponible en inglés en http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/lpo64.pdf).

FAO. 2009a. *Compulsory acquisition of land and compensation*, elaborado por S. Keith, P. McAuslan, R. Knight, J. Lindsay, P. Munro-Faure y D. Palmer. Roma, FAO Estudios de la FAO sobre tenencia de la tierra 10 (disponible en inglés en <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/011/i0506e/i0506e00.pdf>).

FAO. 2009b. *Fisheries and aquaculture in the Lao PDR – a legislative review*, elaborado por P. Cacaud y P. Latdavong. Bangkok, Oficina Regional de la FAO para Asia y el Pacífico. Publicación 2009/05 de la RAP (disponible en inglés en <http://www.fao.org/3/a-aj481e.pdf>).

- FAO.** 2009c. *La Ley de Orientación Agrícola (LOA) de Mali: Un gran potencial para la realización del derecho a la alimentación mediante el acceso equitativo a la tierra y a los recursos naturales*, elaborado por M. Djiré. En L. Cotula, ed. *El derecho a la alimentación y el acceso a los recursos naturales. Utilización de argumentos y mecanismos basados en los derechos humanos para mejorar el acceso a los recursos por parte de la población desfavorecida de las zonas rurales*. Roma, FAO (disponible en <http://www.fao.org/docrep/016/k8093s/k8093s.pdf>).
- FAO.** 2009d. *Hacia una mejor gobernanza de la tierra*, elaborado por D. Palmer, S. Friciska y B. Wehrmann, Roma, FAO Documento de trabajo de la FAO sobre la tenencia de la tierra n.º 11. Roma (disponible en <http://www.fao.org/3/a-ak999s.pdf>).
- FAO.** 2010. *Statutory recognition of customary land rights in Africa: an investigation into best practices for lawmaking and implementation*, elaborado por R. Knight. Roma, FAO Estudio legislativo 105 (disponible en inglés en <http://www.fao.org/docrep/013/i1945e/i1945e01.pdf>).
- FAO.** 2011. *Communal tenure and the governance of common property resources in Asia*, elaborado por K. E. Andersen. Roma. Documento de trabajo sobre la tenencia de la tierra 20 (disponible en inglés en <http://www.fao.org/docrep/014/am658e/am658e00.pdf>).
- FAO.** 2012. *Informe del Consejo de la FAO*. 144.º período de sesiones. Roma, 11-15 de junio de 2012. Roma (disponible en <http://www.fao.org/docrep/meeting/025/me323s.pdf>).
- FAO.** 2013a. *Gobernar la tierra en beneficio de las mujeres y los hombres. Una guía técnica para apoyar la gobernanza de la tenencia de la tierra responsable y equitativa en cuanto al género*, elaborado por E. Daley, C.M.Y Park, F. Romano, L. Shamsaifar, T-H Lau y B. Wehrmann. Roma, Gobernanza de la tenencia. Guía técnica n.º 1 (disponible en <http://www.fao.org/docrep/019/i3114s/i3114s.pdf>).
- FAO.** 2013b. *Implementing improved tenure governance in fisheries. A technical guide to support the implementation of the Voluntary Guidelines on the Responsible Governance of Tenure of Land, Fisheries and Forests in the Context of National Food Security*. Versión preliminar, septiembre de 2013. Roma (disponible en inglés en <http://www.fao.org/docrep/018/i3420e/i3420e.pdf>).
- FAO.** 2013c. *Mejorar la gobernanza de la tenencia forestal: una guía práctica*, elaborada por J. Mayers, E. Morrison, L. Rolington, K. Studd y S. Turrell. Londres/Roma, IIED y FAO (disponible en <http://www.fao.org/3/a-i3249s.pdf>).
- FAO.** 2013d. *Informe de la Conferencia de la FAO*. 38.º período de sesiones. Roma, 15-22 de junio de 2013. Roma (disponible en <http://www.fao.org/docrep/meeting/028/mh093s.pdf>).
- FAO.** 2013e. *Respeto del consentimiento libre, previo e informado. Orientaciones prácticas para gobiernos, empresas, ONG, pueblos indígenas y comunidades locales en relación con la adquisición de tierras*, elaborado por M. Colchester y S. Chao. Roma, Gobernanza de la tenencia. Guía técnica n.º 3 (disponible en <http://www.fao.org/3/a-i3496s.pdf>).
- FAO.** 2014a. *Los grandes fabricantes de bebidas de cola respaldan las directrices voluntarias sobre la tenencia de la tierra*. Roma (disponible en <http://www.fao.org/news/story/es/item/224619/icode/>).
- FAO.** 2014b. *Compte-rendu de l'atelier national de sensibilisation et développement des capacités sur les directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicable aux terres, aux pêches et aux forêts dans un contexte de sécurité alimentaire nationale*. Níger. (disponible en francés en http://hubrural.org/IMG/pdf/report_niger_workshop_final.pdf).
- FAO.** 2014c. *Cursos en línea. Hacer frente a controversias y conflictos en torno a la tenencia de recursos naturales*. Roma (disponible en <http://www.fao.org/elearning/#/elc/es/course/VG7>).

- FAO.** 2014d. *Informe del Consejo de la FAO. 150.º período de sesiones*. Roma, 1-5 de diciembre de 2014. Roma (disponible en <http://www.fao.org/3/a-mm477s.pdf>).
- FAO.** 2014e. *When the law is not enough. Paralegals and natural resources governance in Mozambique*, elaborado por C. Tanner y M. Bicchieri. Roma, Estudio legislativo de la FAO n.º 110 (disponible en inglés en <http://www.fao.org/3/a-i3694e.pdf>).
- FAO.** 2015a. *Analytical assessment report for the implementation of the Voluntary Guidelines on Responsible Governance of Tenure in the land, fisheries and forestry sectors of Sierra Leone*, elaborado por Floyd Alex Davies. Documento Legislativo de la FAO n.º 96. Roma.
- FAO.** 2015b. *Implementation of the Voluntary Guidelines on Responsible Governance of Tenure and on sustainable small-scale fisheries in the fisheries and aquaculture legislation of Sierra Leone*. Analytical assessment report, elaborado por I. Koroma. Documento Legislativo de la FAO n.º 94. Roma.
- FAO.** 2015c. *Implementation of the Voluntary Guidelines on Responsible Governance of Tenure in the forestry legislation of Sierra Leone*. Analytical assessment report, elaborado por Floyd Alex Davies. Documento Legislativo de la FAO n.º 95. Roma.
- FAO.** 2015d. *Implementation of the Voluntary Guidelines on Responsible Governance of Tenure in the land legislation of Sierra Leone*. Analytical assessment report, elaborado por M. Davies. Documento Legislativo de la FAO n.º 93. Roma.
- FAO.** 2015e. *Salvaguardar los derechos de tenencia de la tierra en el contexto de las inversiones agrícolas. Guía técnica sobre cómo salvaguardar los derechos de tenencia de la tierra en consonancia con las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*, destinada a las autoridades gubernamentales que se ocupan de promover, aprobar y supervisar, elaborado por A. Hilton, B. Wehrmann y E. Beall. Roma (disponible en <http://www.fao.org/3/b-i4998s.pdf>).
- FAO.** 2015f. *Directrices voluntarias para lograr la sostenibilidad de la pesca en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza*. Roma (disponible en <http://www.fao.org/3/a-i4356s.pdf>).
- FAO.** 2016. *Developing gender-equitable legal frameworks for land tenure. A legal assessment tool*, elaborado por Kenney, N. y De La O Campos, A.P. Documento Legislativo de la FAO n.º 98. Roma.
- FAO.** (Próxima publicación). *Home country measures that promote responsible foreign agricultural investment: evidence from selected OECD countries*, elaborado por Y. Fielder y J. Karlsson. Roma.
- FAO y OMS (Organización Mundial de la Salud).** 2014a. *Marco de Acción*. Segunda Conferencia Internacional sobre Nutrición. 19-21 de noviembre de 2014. Informe de la Secretaría conjunta de la FAO y la OMS sobre la Conferencia. Roma (disponible en <http://www.fao.org/3/a-mm215s.pdf>).
- FAO y OMS.** 2014b. *Declaración de Roma sobre la Nutrición*. Segunda Conferencia Internacional sobre Nutrición. 19-21 de noviembre de 2014. Informe de la Secretaría conjunta de la FAO y la OMS sobre la Conferencia. Roma (disponible en <http://www.fao.org/3/a-mm215s.pdf>).
- Fern.** 2014. *Forest Watch FLEGT actualización de junio 2014* (disponible en inglés en <http://www.fern.org/sites/fern.org/files/VPA%20update%20June%202014.pdf>).
- Ferraz, L.S.** 2010. *Access to justice and mediation in small claims courts: empirical research and statistical analysis in nine Brazilian states*. Fifth Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper (disponible en inglés en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1636454).

- FIAN International.** Sin fecha. *Colombia – Las Pavas* (disponible en <http://www.fian.org/es/nuestro-trabajo/casos/colombia-las-pavas/>).
- Giovarelli, R.** 2006. *Customary law, household distribution of wealth, and women's rights to land and property*. Seattle Journal for Social Justice, 4: 801-825.
- Gobierno de Nepal.** 2013. *Persistence and change: review of 30 years of community forestry in Nepal*. Ministerio de Bosques, Suelos y Conservación. Ekantakuna, Lalitpur (disponible en inglés en http://www.msfp.org.np/uploads/publications/file/ebook_interactiv_20130517095926.pdf).
- Gobierno de Nueva Zelandia.** 2008. *Māori fisheries. The fisheries settlement*. Ministerio del Sector Primario (disponible en inglés en <http://www.fish.govt.nz/en-nz/Publications/The+State+of+our+Fisheries+2008/Maori+Fisheries/default.htm>).
- Goïta, M. y Coulibaly M.** 2012. *Listen, think and act: radio broadcasting to promote farmers' participation in Mali's land policy*. Londres/Bamako, IIED/IRPAD (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/pdfs/G03419.pdf>).
- GRET y RéDév.** 2005. *La loi d'orientation agricole du Mali* (disponible en francés en http://hubrural.org/IMG/pdf/redev_note_contenu_loa_mali.pdf).
- Grupo de los Veinte (G20).** 2012. *Declaración de los líderes del G20*, 19 de junio de 2012. Washington (disponible en inglés en <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2012/06/19/g20-leaders-declaration>).
- Guyer, J.I. ed.** 1987. *Feeding African cities: studies in regional history*. Bloomington e Indianapolis, Indiana University Press.
- IBA (Asociación Internacional de Abogados).** 2011. IBA publishes new code of conduct for the global legal profession (disponible en inglés en <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=bc99fd2c-d253-4bfe-a3b9-c13f196d9e60>).
- IBA.** 2014. *IBA publishes business and human rights guidance for bar associations and lawyers*. Londres (disponible en inglés en <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUId=c9bd50c6-c2b3-455b-b086-a7efbfe1f6a5>).
- IBA.** 2015. *IBA Business and human rights guidance for bar associations. With commentaries*. Londres (disponible en inglés en <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=B9719C7C-212B-4717-8C66-FD028ABD6C6A>).
- Keita, A., Djiré, M. y Cotula, L.** 2014. *From legal caravans to revising the Mining Code: lessons from experience with legal empowerment in communities affected by mining, Mali*. Londres, IIED (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/G03762.html>).
- Kenney, N. y De La O Campos, A.P.** 2014. *Measuring gender-equitable land tenure: a Legislation Assessment Tool*. Documento presentado durante la Conferencia Anual del Banco Mundial sobre las Tierras y la Pobreza, Washington DC, 24 a 27 de marzo de 2014, "Integrating Land Governance into the Post-2015 Agenda: Harnessing Synergies for Implementation and Monitoring Impact." Washington, DC, Banco Mundial.
- Knight, R., Adoko, J., Auma, T., Kaba, A., Salomao, A., Siakor, S. & Tanka, I.** 2012. *Protecting community lands and resources: evidence from Liberia, Mozambique and Uganda*. Washington DC/Roma, Organización Internacional de Derecho del Desarrollo/Namati (disponible en inglés en <http://namati.org/resources/protecting-community-lands-and-resources-evidence-from-liberia-mozambique-and-uganda/>).

- Landesa, Tetra Tech ARD y USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional).** 2013. *Enhancing customary justice systems in the Mau Forest, Kenya*. Informe de evaluación de impacto elaborado por F. Santos y M. McClung. Seattle/Burlington/Washington DC (disponible en inglés en http://usaidlandtenure.net/sites/default/files/USAID_Land_Tenure_Keyna_Justice_Impact_Evaluation.pdf).
- Law Society of England and Wales.** 2014. *Recommendations on business and human rights* (disponible en inglés en <http://communities.lawsociety.org.uk/human-rights/what-we-do/business-and-human-rights/recommendations/> y en <http://communities.lawsociety.org.uk/Uploads/i/v/c/BHRAGfinalRecommendations.pdf>).
- Lopez, D.L.J. y Demaisip, A.M.C.** 2014. *The Voluntary Guidelines on the Governance of Tenure of Land, Fisheries, and Forests (VGGT) and the proposed National Land Use and Management Act (NLUA)*. Aportación de Filipinas al Comité de Seguridad Alimentaria Mundial. Manila, Sociedad Alemana de Cooperación Internacional y Coalición asiática de organizaciones no gubernamentales para la reforma agrícola y el desarrollo rural (ANGOC) (disponible en inglés en <http://www.angoc.org/portal/the-voluntary-guidelines-on-the-governance-of-tenure-of-land-fisheries-and-forests-vggt-in-the-context-of-national-food-security-and-the-proposed-national-land-use-and-management-act-nlua-issue/>).
- Maru, V.** 2006. *Between law and society: paralegals and the provision of justice services in Sierra Leone and worldwide*. Yale Journal of International Law, 31:427–447.
- Ministerio de Asuntos Exteriores de Liberia.** 2009. *An act establishing the Liberia Extractive Industries Transparency Initiative (LEITI)*. Monrovia, Gobierno de Liberia (disponible en inglés en <http://www.leiti.org.lr/uploads/2/1/5/6/21569928/act.pdf>).
- Ministerio de Medio Ambiente, Energía y Mar.** Sin fecha. *Consultations Publiques*. París, Gobierno de Francia (disponible en francés en <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/spip.php?page=sommaire>).
- Nguiifo, S. y Djeukam, R.** 2008. *Using the law as a tool to secure the land rights of indigenous communities in Southern Cameroon*. En L. Cotula y P. Mathieu, eds. *Legal empowerment in practice: using legal tools to secure land rights in Africa*. Londres, IIED (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/pdfs/12552IIED.pdf>).
- Nguiifo, S.** 2012. *From law school to the field: Community lawyers in Cameroon*. Londres, IIED (disponible en inglés en <http://pubs.iied.org/G03418.html>).
- Ntsebeza, L. y Hall, R. eds.** 2007. *The land question in South Africa: the challenge of transformation and redistribution*. Ciudad del Cabo, Human Sciences Research Council Press.
- Oficina del Fiscal General. Samoa.** 2008. *Legislative drafting handbook. Legislative drafting requirements approved by the Attorney General for use in Samoa from 1 July 2008*. Elaborado por la División Legislativa de la Oficina del Fiscal General. Apia.
- Open Society Justice Initiative.** 2010. *Community-based paralegals: a practitioner's guide*. Nueva York, Open Society Institute (disponible en inglés en <http://namati.org/wp-content/uploads/2012/02/OSJI-Paralegal-Manual-US-11-05-2014.pdf>).
- Ortega, R. R.** 2004. *Models for recognizing indigenous land rights in Latin America*. Washington, DC, Banco Mundial (disponible en inglés en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/18392>).
- Pacto Mundial de las Naciones Unidas.** Sin fecha. *Lawyers as leaders: the essential role of legal counsel in the corporate sustainability agenda* (disponible en inglés en <https://www.unglobalcompact.org/library/2571>).

Penal Reform International and Bluhm Legal Clinic of the Northwestern University School of Law. 2007. *Access to justice in Africa and beyond: making the rule of law a reality*. Evanston, Illinois (disponible en inglés en http://www.etc-graz.at/typo3/fileadmin/user_upload/ETC-Hauptseite/Menschenrechte_lernen/POOL/AcesstoJusticeAfrica.PDF).

Peterson, L.E. y Garland, R. 2010. *Bilateral investment treaties and land reform in southern Africa*. Montreal, Rights & Democracy (disponible en inglés en <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/bilateral-investment-treaties-and-land-reform-in-southern-africaluke-eric-peterson-and-ross-garlan.pdf>).

Quizon, A. y Pagsanghan, J.I. 2014. *Review of selected land laws and the governance of tenure in the Philippines: discussion paper in the context of the Voluntary Guidelines on the Governance of Tenure (VGGT)*. Manila, GIZ y ANGOC (disponible en inglés en http://www.angoc.org/wp-content/uploads/2014/10/Guidelines-and-Philippine-laws_web.pdf).

Rebuta, C.C., Gregorio, R.A. y Hatta, Y.O. 2012. *Barefoot lawyers: defending community resource rights in the Philippines*. Londres, IIED.

Relator Especial sobre el derecho a la alimentación. 2012. Informe preliminar elaborado por Oliver De Schutter, *El derecho a la alimentación*. 8 de agosto de 2012, documento de las Naciones Unidas con signatura A/67/268 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/456/43/PDF/N1245643.pdf?OpenElement>).

Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Camboya. 2012. Informe elaborado por Surya P. Subedi, *A human rights analysis of economic and other land concessions in Cambodia*. 24 de septiembre de 2012, documento de la ONU A/HRC/21/63/Add.1 (disponible en inglés en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-63-Add1_en.pdf).

Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Myanmar. 2013. Informe elaborado por Tomás Ojea Quintana, *Situación de los derechos humanos en Myanmar*. 23 de septiembre de 2013, documento de la ONU A/68/397 (disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/484/23/PDF/N1348423.pdf?OpenElement>).

Río+20. 2012. *El futuro que queremos*. Documento final de la Conferencia Río+20 (disponible en https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf).

Summers, N. 2012. *Colombia's Victims' Law: transitional justice in a time of violent conflict?* Harvard Human Rights Journal 25: 219-235.

Suresh, D. 2011. *Land tenure and agrarian reforms in Nepal: a study report*. Katmandú, CSRC (también disponible en inglés en http://csrcnepal.org/uploads/publication/_2dpV2BZ0IsM4luC-cB_L2A00gEbYm-U.pdf).

The Interlaken Group y la Iniciativa para los Derechos y Recursos (RRI). 2015. *Respecting land and forest rights: a guide for companies*. Washington, DC (disponible en inglés en http://www.rightsandresources.org/wp-content/uploads/InterlakenGroupGuide_web_final.pdf).

The Munden Project. 2012. *The financial risks of insecure land tenure: an investment view* (disponible en inglés en http://www.rightsandresources.org/documents/files/doc_5715.pdf).

The Munden Project. 2013. *Global capital, local concessions: a data-driven examination of land tenure risk and industrial concessions in emerging market economies*. Informe elaborado para la Iniciativa para los Derechos y Recursos por R. de León, T. Garcia, G. Kummel, L. Munden, S. Murday y L. Pradela (disponible en inglés en <http://rightsandresources.org/wp-content/uploads/Global-Capital-Local-Concessions-FINAL-Sep-17-2-pm-est.pdf>).

- The Munden Project.** 2014. *Communities as counterparties: preliminary review of concessions and conflict in emerging and frontier market concessions*. Informe elaborado para la Iniciativa para los Derechos y Recursos por A. Alforte, J. Angan, K. Domondon, L. Munden, S. Murday y L. Pradela. The Munden Project (disponible en inglés en http://www.rightsandresources.org/wp-content/uploads/Communities-as-Counterparties-FINAL_Oct-21.pdf).
- Tonchovska, T. y Egiashvili, D.** 2014. *Using existing land governance assessment tools for monitoring Voluntary Guidelines implementation at national level*. Documento elaborado para su presentación durante la Conferencia Anual del Banco Mundial sobre las Tierras y la Pobreza, 24-27 de marzo de 2014. Washington, DC, Banco Mundial.
- Transparencia Internacional y FAO** 2011. *Corruption in the land sector*. Documento de trabajo n.º 04/201 de TI, Berlín (disponible en inglés en http://issuu.com/transparenciainternacional/docs/ti_fao_workingpaper4_2011_landandcorruption?e=2496456/3250973).
- Ubink, J. y McInerney, T. eds.** 2011. *Customary justice: perspectives on legal empowerment*. Leiden, Organización Internacional de Derecho del Desarrollo.
- Unión Africana, Banco Africano de Desarrollo y Comisión Económica para África.** 2010. *Framework and Guidelines on Land Policy in Africa. Land policy in Africa: a framework to strengthen land rights, enhance productivity and secure livelihoods*. Addis Abeba (Etiopía).
- USAID (Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional).** 2011a. *Country profile. Property rights and resource governance: Cambodia*. Washington, DC (disponible en inglés en http://usaidlandtenure.net/sites/default/files/country-profiles/full-reports/USAID_Land_Tenure_Cambodia_Profile.pdf).
- USAID.** 2011b. *The future of customary tenure: options for policymakers. Property Rights and Resource Governance Briefing Paper #8*. Washington, DC (disponible en inglés en http://usaidlandtenure.net/sites/default/files/USAID_Land_Tenure_2012_Liberia_Course_Module_1_Future_of_Customary_Tenure.pdf).
- USAID.** 2013. *Country profile. Property rights and resource governance: Burma* (disponible en inglés en http://usaidlandtenure.net/sites/default/files/country-profiles/full-reports/USAID_Land_Tenure_Burma_Profile.pdf).
- Velásquez-Ruiz, M. A.** 2015. *Land tenure security in Colombia: For Whom? What for? The relativity of the property rights regime in the context of transitional justice and economic globalization*, documento presentado durante la Conferencia del Banco Mundial sobre las Tierras y la Pobreza, Washington, DC, 23-27 de marzo (no publicado).
- Wright, G., Metzner, R. y Chevis, H.** 2000. *Using mediation to solve fisheries issues in the Guidelines for Voluntary Resource Sharing Process*. Perth, Fisheries Western Australia (disponible en inglés en http://www.fish.wa.gov.au/Documents/ifm/Using_Mediation_to_Solve_Fisheries_Issues_in_the_Guidelines_for_Voluntary_Resource_Sharing_Process_2000.pdf).

Guías técnicas sobre la gobernanza de la tenencia

FAO. 2013. *Gobernar la tierra en beneficio de las mujeres y los hombres. Una guía técnica para apoyar la gobernanza de la tenencia de la tierra responsable y equitativa en cuanto al género.* Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia N.º 1. Roma.

FAO. 2013. *Mejorar la gobernanza de la tenencia forestal: una guía práctica.* Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia N.º 2. Roma.

FAO. 2014. *Respeto del consentimiento libre, previo e informado: orientaciones prácticas para gobiernos, empresas, ONG, pueblos indígenas y comunidades locales en relación con la adquisición de tierras.* Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia N.º 3. Roma.

FAO. 2015. *Salvaguardar los derechos de tenencia de la tierra en el contexto de las inversiones agrícolas: guía técnica sobre cómo salvaguardar los derechos de tenencia de la tierra en consonancia con las Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional, destinada a las autoridades gubernamentales que se ocupan de promover, aprobar y supervisar inversiones agrícolas.* Guía técnica sobre la gobernanza de la tenencia N.º 4. Roma.

La legislación nacional es un elemento esencial para la gobernanza responsable de la tenencia para todos, atendiendo de forma especial a los sectores de la sociedad más vulnerables. Esta guía técnica presenta un análisis de las dimensiones jurídicas de las *Directrices voluntarias sobre la gobernanza responsable de la tenencia de la tierra, la pesca y los bosques en el contexto de la seguridad alimentaria nacional* y su relación con el derecho internacional vinculante. También brinda orientación a profesionales del área jurídica que colaboran con instituciones

estatales, la sociedad civil o el sector privado en la evaluación de la legislación nacional, prestando apoyo a las reformas jurídicas o para la aplicación más efectiva de las leyes, así como en la resolución de conflictos. Asimismo, es un recurso de gran utilidad para los colegios de abogados así como para notarios, jueces, organismos de desarrollo y para cualquier persona interesada en comprender la función que pueden tener las leyes en la puesta en práctica de las disposiciones de las Directrices y en la protección jurídica de los derechos legítimos de tenencia.



ISBN 978-92-5-130063-3



9 789251 300633

I5449ES/1/11.17