

Bosques y derechos comunitarios

Las reformas en la tenencia forestal

Editores

Anne M. Larson, Deborah Barry,
Ganga Ram Dahal y Carol J. Pierce Colfer

© 2010, Center for International Forestry Research. Todos los derechos reservados.

Impreso en Indonesia
ISBN: 978-602-8693-10-3

Larson, A.M., Barry, D., Dahal, G.R. y Colfer, C.J.P. 2010. Bosques y derechos comunitarios: Las reformas en la tenencia forestal. CIFOR, Bogor, Indonesia.

Fotografía de la tapa: Mark Linnard/istockphoto.com
Diseño gráfico: Gun gun Rakayana Y.
Traducción: Martha Cuba Cronkleton

Traducción de: Larson, A.M., Barry, D., Dahal, G.R. y Colfer, C.J.P. 2010. Forests for people: Community rights and forest tenure reform. Earthscan, Londres.

CIFOR
Jl. CIFOR, Situ Gede
Bogor Barat 16115
Indonesia

T +62 (251) 8622-622
F +62 (251) 8622-100
E cifor@cgiar.org

www.cifor.cgiar.org

Centro para la Investigación Forestal Internacional

CIFOR impulsa el bienestar humano, la conservación ambiental y la equidad mediante investigación orientada hacia políticas y prácticas que afectan a los bosques de los países en vías de desarrollo. CIFOR es uno de 15 centros que forman el Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola Internacional (CGIAR por sus siglas en inglés). La sede principal de CIFOR se encuentra en Bogor, Indonesia. El centro también cuenta con oficinas en Asia, África y Sudamérica.

4

Del discurso a la política: la interfase práctica de los derechos formales y consuetudinarios sobre la tierra y los bosques

Emmanuel Marfo, Carol J. Pierce Colfer, Bocar Kante y Silvel Elías

Conducimos por un camino sinuoso, rodeado por colinas cubiertas de hierba, bosques a la distancia, impresionados con la intensidad de la situación. El gobierno de la República Democrática de Lao está tratando de gestionar el área para mejorar los medios de vida de los habitantes. Sin embargo, la política oficial del gobierno está vinculada a una filosofía política de evolución social humana del siglo XVIII, la misma que le ha impedido reconocer los complejos sistemas agroforestales y de gobernanza que la población local ha creado y mantenido durante miles de años. La reforma forestal del gobierno contemplaba el manejo de los bosques y las comunidades en las tierras de manera uniforme y había sido diseñada en una oficina de la capital, un enfoque que se había considerado sería el más fácil de implementar. Las políticas involucran desarraigar a las personas de áreas remotas, donde sus jardines forestales florecen con árboles maduros de los que pueden aprovechar frutas, corteza y maderas y alrededor de los cuales, huertos y barbechos cuidados con mucho esmero proporcionan alimentos, medicinas, especias y hierbas para las familias y su comunidad. El reasentamiento establecería grupos familiares a lo largo del camino, en pequeñas extensiones de tierra siguiendo una fórmula preestablecida. Las formas antiguas de práctica, liderazgo y leyes consuetudinarias se han desechado, el gobierno ha ignorado la riqueza de la diversidad cultural y la gobernanza local, lo cual ha derivado en personas desarraigadas, un paisaje dañado, un triste proceso de desempoderamiento (Observaciones personales de Colfer sobre el Programa de Asignación de Tierra y Bosques, Marzo 2008).

En muchos países, incluida la República Democrática Popular de Lao (Lao PDR por sus siglas en inglés), las políticas de tierras y bosques están formalizando los derechos de la población local,

sobre todo con el objetivo de crear oportunidades que mejoren sus medios de vida. Sin embargo, como lo ha señalado Cousins (2007b:291), ‘estas políticas deben tener en cuenta las complejidades y realidades de los regímenes actuales de demandas, derechos y su gobernanza, es decir, cómo “los sistemas de tenencia presentes” funcionan en la práctica’. Los sistemas consuetudinarios de tenencia, por definición¹, han evolucionado durante largos períodos de tiempo en respuesta a condiciones específicas del lugar (World Bank 2003). En el proceso de reconocimiento, estos sistemas consuetudinarios han sido ignorados, subordinados o, en ocasiones, acomodados efectivamente (Tahamana 2007; véase también Elbow *et al.* 1998, en Diaw 2005).

El debate académico sobre si considerar uno de los dos sistemas legales mejor que el otro, o la importancia relativa de cada uno, continúa en la actualidad. Hay un llamado hacia un cambio de paradigma, del pluralismo jurídico, que reconoce la existencia de sistemas paralelos, hacia la integración jurídica, que combinaría ambos. En el caso de la integración, es necesario entender los principales elementos que intervienen en cada uno de los sistemas (Diaw comunicación personal), en cada contexto nacional, así como las maneras en que han sido acomodados o subvertidos, a fin de lograr una negociación efectiva que tenga como objetivo combinar las fortalezas de ambos. También sería importante mantener ciertas características reconocidas de los sistemas consuetudinarios, como su flexibilidad y receptividad. En el contexto de este libro, la integración tendría como meta garantizar mejor la seguridad de los derechos de tenencia forestal, especialmente de los grupos marginados.

Las normas y los derechos de tenencia están arraigados en las instituciones y leyes que regulan toda la esfera de la actividad humana. Por ello, su integración es muchos más compleja de lo que sería si tan solo tuviéramos en cuenta consideraciones de derechos de tenencia. Aunque la presentación de una propuesta detallada de integración legal va más allá de los objetivos de este capítulo, es importante comprender la forma en que interactúan y han coexistido las leyes estatutarias y consuetudinarias dentro de escenarios sociopolíticos específicos. Basado en estudios realizados en Ghana, Burkina Faso, Indonesia y el altiplano de Guatemala, este capítulo examina la relación entre la tenencia de tierra y la tenencia forestal estatutaria y consuetudinaria, los modelos que han sido utilizados para reconocer las leyes consuetudinarias y la medida en que la ley estatutaria se ha adaptado a esos sistemas o los ha subvertido. Luego desarrolla brevemente algunos aspectos conceptuales relacionados con la interfase entre regímenes consuetudinarios y formales de tenencia, y presenta los cuatro estudios de caso de los países antes mencionados. Finalmente, se presenta un resumen de los casos para sacar algunas lecciones transversales y destacar algunos de los desafíos que implica el desplazamiento del pluralismo jurídico a la integración legal.

Derechos de tenencia: un fenómeno jurídicamente pluralista

‘En el mundo de hoy, las construcciones de derechos están fuertemente arraigadas en los esquemas normativos creados por las instituciones del Estado y perfeccionados y elaborados por las doctrinas de la ciencia legal y política’ (von Benda-Beckman 1997:1). A estos esquemas normativos diseñados por el Estado se los conoce comúnmente como ley. La literatura referente al vínculo entre el Estado y la ley es cuantiosa, resultando la ley de nociones de soberanía y del monopolio del uso legítimo del poder y de la fuerza física por parte del Estado (véase Faulks

1999; Weber 1968). La autoridad legal suprema del Estado se basa en ‘las nociones normativas de soberanía interna y externa, que abarcan la autoridad del Estado para ejercer control exclusivo sobre la población que habita un territorio, así como sobre la riqueza y los recursos que existen dentro de ese territorio’ (von Benda-Beckman 1997:4).

Sin embargo, en las sociedades humanas contemporáneas, con frecuencia encontramos otras organizaciones políticas que cuentan con sus propias construcciones de normativas, las mismas que pueden contradecir las del Estado.² Dichas órdenes normativas pueden estar basadas en sistemas populares, consuetudinarios o religiosos (von Benda-Beckman 1997; von Benda-Beckman y von Benda-Beckman 2002). Von Benda Beckman (1997) señala que ‘cuando la ley del Estado hace de las cuestiones de origen étnico o social algo irrelevante y asigna derechos y responsabilidades económicos y políticos sobre la base de una igualdad abstracta, es posible que la ley de la comunidad haga justo lo contrario’. Enfatiza que si uno es considerado con derecho a participar en la toma de decisiones o en el acceso a los recursos naturales, ya sea como ciudadano o como extranjero, depende de la construcción normativa específica elegida.

Diaw (2005) ha dado un primer paso al definir las principales características de los sistemas de tenencia de tierras y bosques en África, características que también son importantes en muchos de los lugares de estudio en Asia y América Latina. Teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los diversos lugares, Diaw identifica las siguientes características en los patrones de tenencia en los grupos que viven en los bosques:

- ‘Propiedad colectiva’, o territorios manejados o reclamados por grupos de personas (por ejemplo, comunidades, tribus);
- ‘Propiedad de libre acceso’, donde cualquier persona que esté pasado por el lugar puede aprovechar plantas o animales a voluntad;
- ‘Propiedad comunal’, donde los productos o áreas están abiertos a los miembros del grupo pero no así a terceros que carecen de un permiso especial;
- ‘Propiedades privadas’, áreas de la ‘propiedad comunal’ que son manejadas por individuos y que, de alguna manera, son ‘propiedad’ de individuos o familias.

Estas propiedades son jerárquicas en el sentido que hay tanto áreas de propiedad común como áreas de libre acceso dentro del territorio de un grupo, y las propiedades privadas tienden a estar dentro de la propiedad común. Otro elemento importante de estos sistemas consuetudinarios es que están basados en relaciones de parentesco, las mismas que con frecuencia definen la membresía a un grupo (Agbosu 2000; Diaw 2005).

Mientras se utilicen estas órdenes normativas no estatales como recursos legítimos en los conflictos y reclamos sociales, como lo señala von Benda-Beckman (1997:6), ‘se hace necesario cierto grado de construcción de las relaciones entre estos sistemas, donde el respectivo ámbito de validez de los sistemas y su posición en la organización política están circunscritos’. La definición de esta relación crea una jerarquía jurídica, usualmente reconociendo a una de las normativas como la ‘dominante’ y a las otras como sujetas a ella. La noción analítica que se ha utilizado para explorar la práctica social de las leyes es el pluralismo jurídico, concebido como la coexistencia e interacción de diferentes ordenamientos legales (Meinzen-Dick y Pradhan 2001) o de mecanismos jurídicos diferentes aplicados a las mismas situaciones (Vanderlinden 1989).

El pluralismo jurídico puede crear conflictos y fuentes múltiples para la legitimación de los reclamos de los derechos de tenencia, lo cual lleva a lo que en inglés se ha llamado *'forum shopping and shopping forums'* (von Benda-Beckmann 1981), espacios donde las partes en litigio utilizan diferentes foros, dependiendo del sistema jurídico que mejor defienda sus intereses. En el caso específico del manejo de los recursos naturales, dichos conflictos conducen a lo que Onibon *et al.* (1999) han denominado el 'dualismo estéril', situación en la que el Estado impone leyes y regulaciones que sencillamente son imprácticas e incompatibles con las prácticas locales; como resultado, las regulaciones son ignoradas y las prácticas de la población local son clasificadas como delitos (Benjamin 2008).

Alden Wily (2008:46) argumenta que la búsqueda de regímenes estatutarios o consuetudinarios no es una propuesta excluyente. Más bien, existe una interacción dinámica entre 'la autoridad estatal, las relaciones de poder local y la competencia por los recursos dentro de los grupos' (Fitzpatrick 2005:454). Asimismo, señala lo siguiente (2008:46),

... Los derechos consuetudinarios de la mayoría, incluidos los derechos de propiedad común, dependen seriamente del apoyo de estatutos, es decir, leyes nacionales o estatales que son producto de actos de parlamentos elegidos. La garantía de que los regímenes consuetudinarios puedan operar en las esferas designadas, y que los derechos que ellas otorgan sean cumplidos como derechos de propiedad privada, necesita el apoyo constitucional o, por lo menos, una legislación moderna de tierras.

De allí que exista el llamado hacia la integración.³

En los cuatro casos discutidos más adelante, el Estado ha reconocido, en cierta forma, la ley consuetudinaria. La constitución de Ghana reconoce la ley consuetudinaria como una de las leyes del país. En Burkina Faso, aunque la Ley de Tierras no reconoce explícitamente los derechos consuetudinarios, la Constitución sí lo hace. En Guatemala, el Estado se comprometió a reconocer los derechos consuetudinarios en los Acuerdos de Paz suscritos en 1996. En el caso de Indonesia, la situación no es tan clara en lo que respecta a este tema, especialmente en relación a las tierras forestales, aunque sí se reconoce la existencia e importancia del *adat* (sistema consuetudinario). En estos contextos, el pluralismo jurídico es una realidad social pero su práctica ha enfrentado una serie de problemas y conflictos.

Antes de abordar la integración jurídica, es importante comprender la práctica social de las leyes de tierras y de la tenencia de los bosques, así como la interacción que se da entre ambas. Este capítulo utiliza dos tipos de análisis. Primero, Tahamana (2007, en Benjamin 2008), ha identificado tres formas principales mediante las que el Estado aborda órdenes normativas que compiten con él, como por ejemplo las instituciones consuetudinarias: ambivalencia, adaptación y supresión.⁴ La primera se relaciona a una posición neutral o a la falta de una acción represiva formal; la segunda se refiere al reconocimiento y apoyo otorgados a estas instituciones, y la tercera está vinculada con intentos agresivos por reprimir o reemplazar los sistemas consuetudinarios. Si bien todos los casos estudiados aquí involucran, en cierto grado, el reconocimiento del sistema consuetudinario, es posible que la intención u objetivo general del Estado no contemple la aceptación, el apoyo o la integración de los sistemas consuetudinarios.

En segundo lugar, Fitzpatrick (2005) presenta cuatro modelos de reconocimiento de las tierras consuetudinarias, estando cada uno de ellos caracterizado por diferentes niveles de intervención estatal. Este autor argumenta que el factor principal que determina qué modelo utilizar debería ser la fuente de la inseguridad de la tenencia que afecta la comunidad. También advierte que estos modelos asumen la existencia de un Estado relativamente benigno (una suposición que no siempre es justificada en contextos forestales). Cada uno de estos modelos se discute a continuación (no ha sido posible mantener la distinción entre tenencia de tierras y tenencia de bosques, tal como se mencionó en el Capítulo 2, debido a que los sistemas consuetudinarios por lo general se refieren a ambas simultáneamente).

El *método minimalista*. Se refiere a una situación donde el Estado solamente reconoce las tierras consuetudinarias y las normas locales, establece un registro catastral y no interviene en los asuntos internos de la comunidad. Dicho método contempla, por ejemplo, trazar líneas en un mapa y, como mucho, proteger los límites frente a cualquier intervención externa. Según Fitzpatrick, es conveniente utilizar este modelo cuando las amenazas a la seguridad provienen de personas ajenas al grupo. Este modelo tiene pocas desventajas, aunque siempre es posible que existan inconvenientes si no se promueve algún tipo de integración con el resto de la sociedad o con los sistemas legales formales, excepto en los casos —cada vez más raros— de comunidades que han tenido poco o ningún contacto con sociedades de fuera.

El *método del agente*. En este caso, la intervención del Estado se limita a identificar a un agente que luego representa al grupo consuetudinario. Durante la Colonia, este método era utilizado frecuentemente para lidiar con grupos locales, por ejemplo en el África angloparlante. Este enfoque simplifica las cosas para el Estado: se relaciona solo con el representante del grupo y no desempeña rol alguno en los asuntos internos del grupo. Sin embargo, tiene una seria desventaja: empodera a los agentes, quienes pueden no velar por los intereses del grupo o ser responsables ante el grupo por las decisiones tomadas (véase Ribot 1999; Marfo 2004; Oyono *et al.* 2008; Ribot *et al.* 2008). Según Fitzpatrick (2005), ningún país del África subsahariana continúa usando este modelo sin haberlo modificado, y la mayoría está empezando a utilizar el modelo de juntas de tierras descrito más adelante.

El tercer método es el de la *constitución formal del grupo*. Aquí un grupo consuetudinario se tiene que constituir como una entidad que cuenta con personería jurídica, como una cooperativa, empresa u otra estructura corporativa. Ello involucra la elaboración de estatutos y normas internas que garanticen transparencia en relación a la toma de decisiones, recursos legales en caso de conducta no apropiada y resolución de conflictos. Fitzpatrick argumenta que este modelo es particularmente útil en el caso de que una comunidad vaya a suscribir un acuerdo con terceros (por ejemplo contratos de aprovechamiento maderero) porque garantiza la legalidad de estos acuerdos ante el Estado. También proporciona un mecanismo que limita los poderes de los líderes del grupo y garantiza una toma de decisiones más democrática dentro del mismo. Sin embargo, este modelo tiene un inconveniente. En los casos estudiados en el marco de este proyecto, por ejemplo, los modelos disponibles a las comunidades diferían en ocasiones de las formas a las que estaban acostumbradas para organizarse o tomar decisiones (véase Larson y Mendoza-Lewis 2009; Larson *et al.* 2008). En las áreas francófonas de Camerún y en algunas comunidades en Indonesia, este tipo de entidades corporativas pueden ignorar totalmente las instituciones consuetudinarias (Diaw comunicación personal; véase también Oyono *et al.* 2008).

Una cuarta forma de reconocer y manejar la tenencia consuetudinaria, adoptada por algunos países en África, es el establecimiento de un sistema descentralizado de *juntas de tierras*. En este caso, la autoridad de los líderes tradicionales es transferida por ley a dichas juntas, las mismas que por lo general están conformadas tanto por miembros elegidos como designados, y en ocasiones están integradas también por líderes tradicionales que se desempeñan como miembros *ex officio*. Las juntas son responsables de custodiar la tierra para el beneficio de las comunidades locales o tribus, así como para personas externas. Este modelo presenta el nivel más alto de intervención estatal al igual que características que abordan, con más efectividad que los otros modelos, los intereses de personas ajenas a la comunidad en tierras consuetudinarias. También tiene riesgos: la asignación de derechos en formas que no son justas o transparentes, la falta de rendición de cuentas por parte de las juntas y el posible colapso de los sistemas consuetudinarios (Fitzpatrick 2005). El modelo de las juntas de tierras también contempla consejos del pueblo, foros similares a las juntas con la diferencia de que sus miembros son elegidos localmente; en Burkina Faso, dichas juntas están bajo la autoridad del gobierno local, el mismo que ostenta el poder de toma de decisiones.

Cada uno de los países discutidos a continuación fue conquistado por diferentes potencias coloniales: Inglaterra en el caso de Ghana, Francia en el de Burkina Faso, los Países Bajos en Indonesia y España en Guatemala. Aunque esto implica la existencia de patrones diferentes, las similitudes en los contextos forestales son tal vez más sorprendentes aún. Cada uno de los casos tiene una historia de usurpación colonial de los bosques consuetudinarios, la misma que empieza con su clasificación como vacíos o libres y, por lo tanto, disponibles para uso del Estado o uso privado de la Colonia. Con frecuencia, los pobladores del bosque eran engañados por el Estado y las empresas privadas (véase, por ejemplo, Agbosu 2000 en relación a Ghana), una práctica que continúa hasta el día de hoy en Indonesia (véase Colchester *et al.* 2006). Ninguna de las potencias coloniales reconoció la importancia de los barbechos en la agricultura de roce y quema o la existencia de complejos sistemas consuetudinarios. De hecho, todas otorgaron más importancia a las tierras privadas, en lo posible respaldadas por un título de propiedad. Las huellas de este patrón colonial perduran en la actualidad en las políticas de las naciones independientes, aunque con diferente nivel de énfasis.

En el presente estudio discutimos la definición de los derechos de tenencia en las leyes formales y consuetudinarias, y la forma en que los sistemas estatutarios han integrado o subvertido los sistemas consuetudinarios para los casos de Ghana, Burkina Faso, Indonesia y el altiplano de Guatemala.

Ghana

En Ghana, la principal ley estatutaria, la Constitución, reconoce la ley consuetudinaria como un orden legal legítimo. El Artículo 11 (3) estipula que la “ley consuetudinaria” se refiere a las regulaciones de ley mediante las cuales las costumbres son aplicables a ciertas comunidades en Ghana’. El reconocimiento de la ley consuetudinaria significa que en Ghana coexisten dos entidades legales políticas. Los aspectos relacionados a los derechos pueden ser disputados sobre la base de la legislación formal y, también, sobre la base de la legislación consuetudinaria. Sin embargo, esto no quiere decir que Ghana cuenta con un sistema codificado de leyes

consuetudinarias. Con frecuencia, el contenido y significado de las leyes han sido disputados y en esos casos, ‘los tribunales han dependido de testigos familiarizados con las costumbres nativas hasta que ciertas costumbres, debido a su uso frecuente en los tribunales, se tornan tan evidentes que los tribunales toman nota de las mismas’ (Woodman 1996:40). Los tribunales también han considerado tendencias previas como precedentes autoritativos. Por ello, J.A. Sowah, citado por Woodman (1996:43), sostuvo que ‘cualquiera sea el contenido de una costumbre, si se convierte en un tema de litigio y las cortes son invitadas a emitir un fallo, cualquier declaración efectuada por las cortes reemplaza dicha costumbre sin importar su antigüedad y se convierte en ley obligatoria para aquellos que estén dentro de sus confines’.

Por lo tanto, a pesar del reconocimiento formal de las leyes consuetudinarias, el contenido de la costumbre, cuando es puesto en duda, es considerado como una interrogante legal y no como un hecho. Bon (2005:9), en relación a Ghana, señala que ‘mientras los estudios legales consideran la tenencia de la tierra como algo “tradicional”, y por ello como algo mayormente estático y que no está sujeto a innovaciones legislativas, las prácticas de los derechos de tierras han estado de hecho sujetas a profundas modificaciones y han atravesado un constante proceso de redefinición’. Basta con decir que tanto las cortes como el sistema consuetudinario de Ghana han evolucionado en forma ordenada para enfrentar cuestiones relacionadas a las tierras usando ambas interpretaciones de la ley consuetudinaria.

Reconocimiento formal de los derechos consuetudinarios de tenencia

Las tierras comunitarias en Ghana están en poder de varios líderes tradicionales conocidos como *stools*,⁵ o familias o clanes. El título más alto de tierras reconocido por la legislación es el así llamado título alodial y en muchas áreas tradicionales este es inherente al *stool*. Por ello, a los ocupantes de estos *stools* se los conoce como propietarios. La única forma de adquirir un título alodial es por medio del descubrimiento, es decir, como el primero que identificó la tierra y como resultado de su asentamiento y uso subsecuente. Sin embargo, el Estado puede adquirir tierras (que se convierten en tierras públicas) de los propietarios alodiales tradicionales de dos formas. Primero, mediante la adquisición forzada en nombre del interés público (Ley 125), en cuyo caso se anulan todos los intereses previos; tanto el título legal como el título de uso y disfrute recaen sobre el Presidente; las personas sujetas a la expropiación reciben una indemnización (Kasanga y Kotey 2001). En segundo lugar, el Estado puede adquirir tierras que han sido conferidas al Presidente en custodia para una comunidad (Ley 123). El título legal es transferido al Estado pero el interés beneficiario permanece dentro de la comunidad; en este caso, el gobierno no tiene la obligación de pagar indemnización.

El derecho consuetudinario de propiedad ha sido respetado por el Estado desde la época colonial, cuando se crearon reservas forestales permanentes (véase Agbosu 2000). Las tierras y los bosques continúan siendo propiedad de la comunidad, incluso cuando el gobierno los maneja para el bien común. Todos los acuerdos de distribución de beneficios de las ganancias derivadas del aprovechamiento forestal, tal como lo estipula la Constitución de 1992, están basados en el siguiente principio: las tierras son propiedad de las comunidades, y aun cuando se trata de tierras que han sido conferidas al jefe de gobierno en dominio pleno (*vested lands*), ellas todavía tienen derechos a beneficios.

El Estado también reconoce la propiedad consuetudinaria de pleno dominio. Como derecho y en virtud de la pertenencia a una comunidad con título alodial, los individuos tienen propiedad de pleno dominio de una porción de la tierra que cultivan primero o que les es asignada por la comunidad. El poseedor de la tierra tiene el derecho de ocupación, que puede ser transferido a sus descendientes (Da Rocha y Lodoh 1999). Varios pueblos nativos en comunidades situadas en las márgenes de los bosques tienen dicho interés de pleno dominio en las tierras agrícolas que han heredado de sus ancestros. Este derecho está reconocido y las leyes formales relativas a la asignación de derechos de aprovechamiento forestal exigen que los agricultores y hacendados sean consultados y que se obtenga su consentimiento antes de llevar a cabo cualquier actividad de aprovechamiento en sus tierras (Ley 1949). Aun durante la creación de las reservas forestales, se demarcaron porciones que estaban bajo asentamiento o cultivo como ‘fincas permitidas’ (*admitted farms*), y estas tierras se cultivan hasta el día de hoy.

Toda la titulación formal debe seguir procedimientos estatutarios, lo que requiere la evidencia de posesión del derecho específico, generalmente, una carta de asignación suscrita por el titular de los derechos originales, en la mayoría de los casos la comunidad o el jefe del *stool*.

Reconocimiento por parte del Estado

La situación en Ghana corresponde al modelo del agente señalado por Fitzpatrick, ya que la ley formal reconoce a los jefes como las autoridades tradicionales que representan los intereses de la comunidad, ejerciendo sus derechos consuetudinarios sobre la tierra. Este tipo de representación es compleja: dentro del sistema tradicional de la comunidad existen diferentes niveles de autoridad que reclaman control y posesión de algunos derechos o intereses sobre tierras comunitarias específicas (véase Capítulo 5). Por ejemplo, aunque el título alodial sobre una parcela es conferido a *stools* específicos, *de facto*, estas tierras no pueden ser alienadas sin el consentimiento de una autoridad tradicional más alta (jefe supremo, *paramount chief*).⁶ Por lo general, toda la tierra en un área tradicional está bajo la autoridad del jefe supremo. En algunas áreas, como la región Ashanti, una persona no puede procesar un título de arrendamiento de tierras que han sido adquiridas de una comunidad sin el consentimiento expreso del jefe supremo; la Comisión de Tierras recibirá estas solicitudes solo si cuentan con el consentimiento del mismo.

Tanto consuetudinariamente como en la práctica, los jefes supremos no tienen derechos absolutos sobre todas las tierras del *stool* (véase Owusu 1996; Berry 2001). Aun así, estos jefes supremos han sido reconocidos por el Estado como los custodios legítimos de las tierras y los bosques del *stool*. Ello se debe a que los jefes tienen reconocimiento legal como ‘propietarios de las tierras’, aunque se les exige que actúen como fiduciarios (Constitución de 1992). En el manejo de las tierras forestales, incluso dentro de las reservas forestales nacionales, el Estado reconoce a los jefes como agentes de representación comunitaria. En la práctica, los jefes han actuado como negociadores y también como signatarios de casi todas las negociaciones de manejo, incluso cuando no son explícitamente nombrados. Por ejemplo, un estudio sobre las negociaciones entre comunidades y contratistas para llegar a un acuerdo de responsabilidad social en un distrito forestal determinó que los jefes dominaban la representación de las comunidades, actuando como plenipotenciarios en la negociación, mientras que otros líderes no consuetudinarios se limitaban a ser simples observadores (Marfo 2001, 2004). En la práctica, los jefes, especialmente los jefes supremos, han respaldado los formularios de consentimiento comunitario que otorgan

derechos para el aprovechamiento de la madera y han recibido ingresos forestales (regalías) ‘a nombre de las comunidades’, como lo estipula la Constitución.

En resumen, Ghana ha adoptado la ley consuetudinaria en su sistema legal formal más que cualquiera de los otros casos, al punto que la costumbre ha influenciado la definición de los derechos de tenencia y domina la asignación de las tierras rurales y de los recursos naturales. Para reconocer los derechos consuetudinarios, el Estado ha elegido el método del agente. En la práctica, el Estado ha empoderado a los jefes –especialmente a los jefes supremos– pero no ha logrado implementar la disposición constitucional que estipula que los jefes son fiduciarios. Las desventajas predecibles del método del agente son evidentes; por lo tanto, el reconocimiento de los derechos consuetudinarios no ha resultado en una integración efectiva de la legislación oficial y la consuetudinaria.

Burkina Faso

El sistema de manejo de recursos naturales de Burkina Faso refleja la influencia de la colonización francesa en su enfoque respecto a la ley consuetudinaria y el código civil. Durante el periodo colonial en África, Francia se adhirió al principio de la transferencia al Estado de tierras consideradas ‘sin propietarios’. En este sentido, se definieron dos tipos de propiedad de las tierras tradicionales: un sistema de titulación para los ciudadanos franceses y otro que reconocía las tierras consuetudinarias remanentes para la población local; los poderes de las autoridades tradicionales fueron reconocidos, reforzados y, en cierto grado, cooptados. Burkina Faso logra la independencia de Francia en 1960. Durante el periodo revolucionario que empezó en 1983, se negaron todos los derechos consuetudinarios, la legitimidad de las autoridades consuetudinarias fue minada de manera que se pudieran desarrollar las tierras, y todos los títulos privados de tierras fueron rescindidos. El Estado fue reconocido como el único propietario de las tierras, incluidos los bosques.

Desde 1991, se ha abordado la necesidad de tomar en cuenta tanto las prácticas consuetudinarias como los títulos privados de tierras. La Constitución de 1991 exigió respetar las prácticas consuetudinarias y, en una enmienda efectuada en 1997, la realización de un procedimiento para armonizar la ley formal y la ley consuetudinaria. El proceso de armonización empezó en 1996. La descentralización iniciada en 1998 también ha contribuido a este proceso, habiéndose establecido los primeros gobiernos locales recientemente, en 2006; por lo tanto, el cambio todavía está en proceso. La situación actual muestra que los sistemas consuetudinarios aún no han sido integrados a la legislación formal, aunque ha habido avances.

Los derechos de tenencia en la legislación formal y consuetudinaria

Los derechos consuetudinarios y formales de tenencia se aplican en diferentes niveles, los mismos que varían en función del lugar. En general, aunque las clasificaciones se superponen, los derechos de tenencia consuetudinaria dominan y son más efectivos en las áreas rurales que no están específicamente administradas por el Estado (‘áreas rurales sin manejar’). En contraste, en las tierras administradas y áreas urbanas, la ley estatutaria es aplicada con mayor frecuencia.

Los derechos consuetudinarios de las comunidades se aplican en tierras forestales y no forestales y pertenecen a grupos que se asentaron como comunidades ‘con antigüedad’. Antes de la

colonización, la tierra era propiedad de diferentes linajes y familias. En la actualidad, con el crecimiento demográfico y la monetización de las transacciones de tierras, la ley consuetudinaria ha evolucionado para adoptar diversas formas. Generalmente, los arreglos de tenencia se están alejando de los regalos y préstamos de propiedad de largo plazo para orientarse más al arrendamiento y a los préstamos de corto plazo.

En la ley estatutaria, los derechos dependen de un título administrativo. En las áreas rurales, los títulos existentes incluyen: título de propiedad de la tierra, certificado de asignación de tierras (*arrêté d'affectation*), permiso de ocupación (*permis d'occuper*), permiso de uso de tierras (*permis d'exploiter*) y arrendamiento (*bail*).

Reintegración de los sistemas consuetudinarios de tenencia

La Constitución de 1991 de Burkina Faso otorga poder al Estado para definir el proceso de armonización de las costumbres con los principios fundamentales de la Constitución (Art. 101). También garantiza a las personas la libertad para ejercer sus prácticas consuetudinarias, ya sea expresa o implícitamente. Por ejemplo, la Ley Agraria y de Reconocimiento de Tierras de 1996 establece que 'la ocupación y la explotación de tierras rurales no manejadas, con el objeto de satisfacer las necesidades de vivienda y alimentos del ocupante y su familia, no están supeditadas a la posesión de un título administrativo' (Artículo 52).

El Estado practica cierto pragmatismo esencial. En áreas donde el gobierno administra tierras, trata de mantener el control. En los lugares donde no puede ejercer dicho control —es decir, en tierras rurales no administradas— permite implícitamente la práctica consuetudinaria y no condena el uso de normas consuetudinarias. Esta estrategia es compatible con los objetivos de reducción de la pobreza. La falta de intervención estatal también fortalece la legitimidad de las autoridades consuetudinarias en la posesión y el manejo de tierras en estas áreas.

Al mismo tiempo, el Estado no reconoce la posesión consuetudinaria de la tierra en estas áreas, ya que el propietario consuetudinario goza ahora de 'derechos de ocupación' pero no así de derechos de posesión. Por ejemplo, el Código de Minería, Ley 031-2003/AN, reconoce los derechos tradicionales o consuetudinarios del ocupante a la tierra cuando la misma es aprovechada o cuando el ingreso a esta tierra causa daños (Artículo 65). Reconoce, asimismo, los derechos de los pastores tradicionales: 'las áreas de pastoreo también se consideran territorios reservados para pastizales, o *espacios rurales tradicionales* para llevar a cabo operaciones locales que tienen como objetivo preservar los planes de pastoreo o hacer uso de ellos, dentro del marco de acciones relativas al manejo de espacio y recursos naturales' (Ley 034-2002, Artículo 3, énfasis nuestro).

Compatibilidad de los modelos de intervención estatal

En las áreas manejadas, los contratos representan el principal instrumento mediante el cual el Estado armoniza las leyes formales y consuetudinarias. En las áreas de manejo forestal, el Estado usa contratos de concesión para devolver los derechos a las comunidades. Dichas concesiones benefician a los residentes de las aldeas, quienes se organizan en asociaciones o cooperativas, las mismas que luego tienen derechos de uso, extracción, manejo y exclusión. Mediante la devolución, las comunidades pueden continuar aplicando sus prácticas consuetudinarias siempre y cuando

no contradigan la ley formal, lo que en realidad significa que los derechos consuetudinarios a la tierra no son reconocidos. Por ejemplo, en las áreas de manejo forestal de Nakambé, las comunidades a las que les había sido otorgada una concesión aplicaban leyes formales y prácticas consuetudinarias en sus esfuerzos por proteger productos forestales no maderables (PFNM), como los árboles de manteca de karité (*shea butter*). En el bosque clasificado y la reserva parcial de Comoé-Léraba, el grupo de aldeas se organizó para armonizar las regulaciones formales con los derechos consuetudinarios integrando a los cazadores tradicionales (*Bozo*) al manejo, la explotación y la protección de su reserva forestal.

En las áreas no manejadas, el reconocimiento de los derechos se efectúa a través de los consejos de desarrollo de las aldeas, los mismos que son entidades públicas, a diferencia de las asociaciones y cooperativas creadas en el caso de las concesiones.⁷ Los miembros del consejo son elegidos por consenso o elección por los pobladores de la aldea; se reservan dos asientos para las mujeres. Dichos miembros dependen de la autoridad del gobierno local y son responsables ante el gobierno local y la población de la aldea. El consejo tiene autoridad para asignar tierras, lo que le permite identificar tierras y propietarios consuetudinarios y elaborar con ellos normas de manejo, estando sus decisiones supeditadas a la aprobación del gobierno local. Es decir, el consejo puede competir con las autoridades consuetudinarias. Sin embargo, en la práctica, generalmente se aplican las reglas consuetudinarias de manejo forestal.

Las herramientas utilizadas para promover una mayor integración de los derechos consuetudinarios incluyen el proceso verbal (*proces verbal de palabras*) y el esquema de tierras rurales. El proceso verbal permite validar, en presencia de las autoridades administrativas locales, los derechos del propietario o usuario de la tierra a través de una declaración pública de los derechos que corresponden a las autoridades consuetudinarias. El esquema de tierras rurales es un documento elaborado mediante la investigación colectiva que involucra el registro, de aldea en aldea, de los derechos consuetudinarios que no han sido cuestionados y sobre los cuales existe consenso, de manera tal que puedan ser luego incorporados al registro de los derechos consuetudinarios. Lamentablemente, hasta el momento, su uso ha generado conflictos.

En resumen, Burkina Faso mantuvo una política de no integración hasta 1996, fecha en que se crearon los consejos de las aldeas. Dichos consejos representaban un marco regulatorio de tierras a nivel local, el mismo que en un principio estaba conformado por las comisiones de las aldeas para las áreas de tierras no administradas, y que ahora han pasado a ser los consejos de desarrollo de las aldeas. El modelo descentralizado de juntas de tierras o consejos de las aldeas es utilizado pragmáticamente por el Estado en áreas no administradas, donde los derechos consuetudinarios son más fuertes. En las áreas de manejo forestal se utiliza el modelo de constitución formal del grupo para otorgar concesiones a las asociaciones o cooperativas de las aldeas, las que luego pueden integrar las reglas consuetudinarias para el acceso y extracción, así como para la protección forestal que cumplan con la ley formal.

Indonesia

La hegemonía holandesa en el país acabó en 1945 después de 350 años. Si bien el colonialismo holandés fue particularmente fuerte en muchas áreas forestales (Peluso 1990, 1992), la presencia

colonial pasó casi desapercibida en muchas áreas, especialmente fuera de Java, de manera que los sistemas de tenencia consuetudinaria funcionaban con poca interferencia. Sin embargo, en la época postcolonial, el Estado se alejó del modelo minimalista para pasar a ejercer un mayor nivel de intervención, por lo menos en aquellos lugares donde contaba con la capacidad para hacerlo.

Etapas postcoloniales de la legislación formal

La Constitución de Indonesia declara que ‘la tierra y el agua así como todos los recursos naturales están bajo control del Estado y serán utilizados para el bienestar de la población’. En 1960, la Ley Agraria Básica No. 5 (UU RI 5/1960), elaborada teniendo a Java en mente, reconoció los sistemas tradicionales de tenencia pero exigió que las personas registraran sus tierras, algo que muy pocas personas en las islas más alejadas (por ejemplo, fuera de Java y Bali), donde están ubicados la mayor parte de los bosques naturales, podían hacer. Al igual que en muchas áreas de África, varias de las disposiciones de la ley también fueron diseñadas teniendo en cuenta los cultivos permanentes y no transhumantes o rotativos (de roza y quema con el manejo de barbechos). De hecho, la agricultura transhumante ha sido considerada ilegal desde el periodo de la Colonia holandesa debido al uso de fuego para desmontar tierras. No obstante, la Ley Agraria continúa reconociendo que la tierra consuetudinaria pertenece a las comunidades consuetudinarias, en total contradicción con la ley forestal (van Noordwijk *et al.* 2008).

La Ley Forestal Básica de 1967 ha sido más problemática para las poblaciones forestales. Dicha ley estipula que ‘todos los bosques dentro del territorio de la República de Indonesia, incluyendo los recursos naturales contenidos en ellos, serán responsabilidad del Estado’ (Artículo 5, párrafo 1). Durante las décadas de los ochenta y los noventa, en el marco del Nuevo Orden instaurado por el Presidente Soeharto, el mismo que se extendió por más de treinta años, el Estado clasificó más del 75% de las tierras en Indonesia como bosques estatales, sobrepasado esta cifra el 90% en las islas más alejadas (Lunch y Harwell 200:xxvii). Soeharto distribuyó estas tierras para premiar a sus partidarios políticos. Extensas áreas fueron asignadas primero a empresas madereras, seguidas de plantaciones industriales de madera, zonas de transmigración y por último, más recientemente, plantaciones de aceite de palma y de caucho.

Otra ley nacional que interfirió seriamente con el manejo consuetudinario de los bosques fue la Ley de Gobiernos Locales de 1979, la misma que exigía adherirse, aunque fuera superficialmente, a un modelo único de gobernanza local prevaleciente en toda la Nación, socavando de esta manera la autoridad del liderazgo consuetudinario. En este sentido, Benett (2002:60) considera que dicha ley fue diseñada para ‘subvertir las formas tradicionales de gobernanza’.

En 1999, la Ley Forestal Básica fue revisada, incluyendo ahora más disposiciones relativas al manejo local. Por ejemplo, se reconoció la existencia de comunidades, culturas y bosques consuetudinarios. A las comunidades se les otorgó el derecho de participar en la determinación de su área forestal, colaborar en el monitoreo, ser protegidas por el gobierno de la contaminación y deforestación causada por otros, etc. Wollenberg y Kartodihardjo (2002:88) señalan que ‘a lo largo de la ley hay referencias que sugieren que los bosques deberían ser manejados siguiendo principios de equidad social, empoderamiento de comunidades consuetudinarias, justicia, propiedad y sostenibilidad’. Sin embargo, estos autores también han identificado ‘cláusulas de escape’ que en último caso dejan el poder en manos del Estado. Van Noordwijk *et al.* (2008)

señalan que ninguna comunidad ha logrado obtener hasta ahora el reconocimiento formal de sus bosques consuetudinarios.

Asimismo, en 1999, el país se embarcó en un proceso de descentralización (Barr *et al.* 2006). Una nueva ley (UU No. 22) delegó la autoridad de gobernanza a las regiones autónomas (provincias, distritos y municipios) y otorgó poderes y responsabilidades a distritos y municipios, los mismos que explícitamente incluían la agricultura, el medio ambiente y las tierras. Sin embargo, al año siguiente, la Ley No. 25/2000 definió el mecanismo mediante el cual el gobierno podía retomar la autoridad cuando se consideraba que las regiones autónomas habían sido incapaces de asumir sus tareas, reafirmando por lo tanto el rol dominante del Ministerio de Asuntos Forestales en la política y planificación forestal (McCarthy *et al.* 2006).

Durante la última década, se ha librado una pugna de poderes entre el gobierno central y los distritos en relación a la autoridad responsable del manejo forestal. Diversos distritos han optado por utilizar estrategias diferentes, tanto en lo que se refiere a sus interacciones con el poder central como a la trayectoria elegida para el futuro. Por ejemplo, algunos distritos en Jambi han asumido una actitud conciliadora respecto del renovado control del Estado, mientras que en Sumatra occidental han sido más intransigentes en lo que se refiere a los derechos obtenidos en la ley de descentralización de 1999. Los distritos, en ambas provincias, han optado por reforzar sus sistemas consuetudinarios (*nagari* en Sumatra Occidental, [Raharjo *et al.* 2004] y *rio* en Jambi, [Hasan *et al.* 2008]).

Diversidad de las leyes consuetudinarias: dos estudios de caso

Indonesia, un archipiélago de cerca de 17 000 islas distribuidas sobre 1.9 millones de km², es probablemente el país más étnicamente diverso del mundo, con cerca de 742 idiomas⁸ y 283 millones de personas que representan más de 300 grupos étnicos.⁹ Los sistemas de tenencia consuetudinaria en las áreas forestales son igualmente diversos. Para este estudio hemos decidido describir brevemente dos de ellos.

El primero es Uma' Jalan Kenyah de Long Segar, un grupo de *dayaks* que viven en el centro de Kalimantan oriental en la isla de Borneo. Los *dayaks* son agricultores itinerantes bilaterales,¹⁰ que provienen de Long Ampung en las cercanías de la frontera con Malasia. Cuando la población de Long Ampung aumentó a cerca de 1000 habitantes, la comunidad se dividió y algunos miembros se desplazaron a nuevas áreas (lo que coincide con una costumbre general de Borneo en esta área escasamente poblada). En Long Segar, los migrantes negociaron la disponibilidad de tierras con las pocas personas que ya residían allí y demarcaron un área –limitada por ríos– que todos coincidieron podía ser reclamada por los migrantes como territorio comunitario.

Cada familia empezó a desmontar bosque primario para establecer arrozales y esa tierra se convirtió en suya, la misma que podía usar y pasar a sus descendientes. Sin embargo, los derechos sobre la tierra no son absolutos. Cuando una familia decide trasladarse a otro lugar, y no existe un descendiente de un migrante original en la comunidad, los derechos retornan a la comunidad para ser distribuidos entre sus pobladores. Los miembros de la comunidad también pueden reclamar derechos a plantas y árboles individuales en bosques comunitarios no reclamados marcándolos como suyos; cualquier persona que planta algo tiene el derecho a aprovecharlo, aun

si es en la tierra de otra persona; y las personas que pasan por allí y tienen hambre, tienen derecho a aprovechar cualquier planta para satisfacer sus necesidades. Los hombres tienen la costumbre de salir de expedición (*tai selai*) y están, por lo general, lejos de casa, dejando el manejo de la parcela a cargo de las mujeres (Colfer 1985a, 1985b).

Los líderes de la comunidad tienen el derecho de suscribir acuerdos con personas ajenas a la comunidad relativos al uso de la tierra, aunque generalmente discuten esos arreglos con los ancianos de la comunidad y también con la comunidad en su conjunto, llegando así a decisiones que representan un consenso. Una fuente de constante conflicto dentro de las comunidades Kenyah se relaciona con la desconfianza que se siente hacia los líderes y su capacidad de obtener rentas ilícitas de dichos acuerdos, lo que sucede con frecuencia. Además, dado que la comunidad no tiene derechos formales de exclusión, el Estado ha subvertido los derechos consuetudinarios al haber otorgado, durante los últimos años, dos concesiones madereras y promovido un proyecto de asentamiento en tierras Kenyah.

En las áreas rurales de Sumatra occidental, entre los Minangkabau que viven en la zona de 'frontera' (*rantau*) con la provincia vecina de Jambi, el sistema es bastante diferente.¹¹ Los Minangkabau de Pulai están organizados en tres clanes matrilineales (los Ashanti de Ghana representan otro grupo matrilineal). Al igual que en el caso anterior, los clanes recién llegados tuvieron que obtener permiso de los miembros antiguos del clan para asentarse allí, y a los recién llegados se le asignaron ciertas tierras. El sistema local dependía del arroz inundado, que era propiedad y transmitido a través de los clanes matrilineales, estando el control principalmente en manos de los hombres (hermanos), aunque las mujeres fueran las principales cultivadoras del arroz. Estas áreas fueron heredadas por los hijos de las hermanas del clan. Los campos en las zonas montañosas, que pertenecían a los hombres que los cortaban de los bosques, habían sido tradicionalmente propiedad de las familias nucleares de esos hombres y eran pasadas a sus hijos. En estos campos se plantó primero arroz y luego caucho durante la década de los ochenta. Dichos campos, a diferencia de las tierras de los clanes, podían ser alienados por los hombres que los desmontaban, ya sea por medio de la venta o el alquiler. Los arreglos de aparcería para el aprovechamiento del caucho (con un tercio del aprovechamiento generalmente yendo al propietario) también eran comunes en la década de los ochenta. En respuesta a la demanda del mercado, las plantaciones de caucho fueron convertidas en extensos campos de cultivo de palma aceitera; el arroz inundado aún continúa siendo cultivado, y aquellos que cuentan con los medios, están retornando a sus actividades de agricultura transhumante ahora que el precio del aceite de palma ha caído drásticamente (finales de 2008).

La alienación de tierras por parte de los clanes exigía el consenso de todos los miembros del clan, algo que es prácticamente imposible de lograr, ya que los hombres Minang, al igual que los hombres Uma' Jalan, son famosos por sus expediciones (*merantau*) y con frecuencia se encuentran lejos del hogar. Sin embargo, las tierras han sido alienadas una y otra vez por el gobierno central que estableció allí, a finales de la década de los setenta, un área de transmigración de varios cientos de miles de hectáreas que rodea Pulai en su totalidad; el Parque Nacional Kerinci Seblat fue establecido sobre tierras que pertenecían a clanes emparentados.

Aunque ambas comunidades han logrado retener muchas de sus prácticas consuetudinarias, en general, Indonesia se está alejando del enfoque minimalista propuesto por Fitzpatrick. Existen

presiones conflictivas, tanto políticas como económicas, para adoptar el modelo del agente y el modelo de constitución formal del grupo. El personal del gobierno tiende a relacionarse con el líder antiguo de las aldeas en una forma que coincide con el modelo del agente, mientras que existen mecanismos para formalizar grupos comunitarios como entidades corporativas, especialmente para interactuar con la industria, como empresas madereras y plantaciones. En general, la ley estatutaria, que anteriormente había negado todos los derechos consuetudinarios en forestería, ha creado algunas oportunidades tentativas para la integración jurídica; sin embargo, en general, el Estado en Indonesia no parece estar muy interesado en esta opción.

Altiplano de Guatemala

En Guatemala, el compromiso del Estado de reconocer la ley consuetudinaria o encontrar maneras efectivas para integrar los sistemas consuetudinarios y formales parece relativamente limitado. Los bosques comunales del altiplano en particular han sido vulnerables a amenazas externas, incluidas amenazas del Estado mismo, a menos que las comunidades hayan obtenido títulos formales de tierras.

Construcción social de los derechos de tenencia

En Guatemala, los derechos de tenencia y los derechos sobre los recursos naturales han estado determinados por cinco eventos históricos. Primero, los derechos comunitarios son producto de la permanencia de los pueblos indígenas en las tierras que ocupan en la actualidad y manejan mediante normas consuetudinarias profundamente arraigadas. Segundo, las políticas agrarias de la Colonia reorganizaron los derechos de tenencia usurpando tierras de los pueblos originales, generando desorden administrativo; esta continúa siendo la causa principal del conflicto agrario en el país, a pesar de que el colonialismo acabó en 1821. Tercero, la creación, con el advenimiento del siglo XXI, de instituciones modernas tenía como objetivo garantizar derechos de tenencia seguros, sobre todo a los dueños de grandes propiedades y resolver el desorden administrativo. Esto supuso la creación de un registro de la propiedad y la formulación del Código Civil, instrumentos mediante los cuales el Estado pudo ejercer mayor fiscalización sobre la propiedad pero que, al mismo tiempo, legitimaron y facilitaron la confiscación y usurpación de las tierras comunales indígenas. El cuarto evento se refiere a las luchas en torno a la tierra, que empezaron con los intentos fallidos de la reforma agraria de 1952 y continuaron con los programas de colonización en las tierras bajas del norte después de 1960, la evacuación y el posterior asentamiento de la población afectada por el conflicto armado y la creación de programas de acceso a la tierra. El quinto evento se relaciona con los conflictos territoriales de los últimos quince años, vinculados a la redefinición, por parte del Estado, de los derechos de tenencia a favor de proyectos de minería, energía, agricultura y conservación.

En la actualidad, los derechos de tenencia tienen diferentes significados dependiendo de si son privados, comunales o estatales. Por un lado, la propiedad privada está garantizada en el artículo 39 de la Constitución como un derecho inherente a la persona humana que el Estado está en la obligación de reconocer. Bajo este mandato se ha difundido la idea de que la propiedad privada es absoluta. Las tierras comunales, por otro lado —aunque gozan de una protección especial por parte del Estado y la posesión de tierras comunitarias está garantizada por la Constitución— tienen, en la práctica, una situación bastante precaria desde el punto de vista legal. Ello se debe a que las tierras

comunales no cuentan con un marco normativo específico, aunque también fue un mandato de la Constitución. A diferencia del discurso en torno a la propiedad privada, se ha difundido entre la sociedad guatemalteca la idea de que las tierras y los bosques comunales son recursos de libre acceso. Las políticas públicas privilegian la propiedad privada y ejercen presión con el fin de lograr la disolución y transformación de la tenencia comunal. No obstante, en el altiplano, la tenencia comunal está fuertemente enraizada en varios tipos de tierra: tierras comunales, municipales, cooperativas y parcialidades (una forma de tenencia comunal definida por el parentesco).

Los bosques comunales, en particular, pueden ser propiedad formal de las comunidades pero es más probable que sean tierras estatales bajo la tutela de los gobiernos municipales. Las tierras del Estado son aquellas cuyos derechos son los que menos han sido definidos y delimitados, debido a que tradicionalmente han sido consideradas recursos de libre acceso o a que se superponen con otras formas de tenencia comunal.

Haciendo que los derechos prevalezcan: normas formales y consuetudinarias

El conjunto de derechos de acceso, usufructo, manejo, exclusión y alienación de las tierras y los bosques ha sido construido en base a dos principios paralelos. Por un lado, los grandes propietarios de tierras y aquellos que disponen de los medios ponen en movimiento el aparato legal e institucional del Estado para el ejercicio y reconocimiento formal de los derechos; por otro, todavía están vigentes los mecanismos consuetudinarios para el ejercicio de los derechos de tenencia a nivel local, mediante los cuales las comunidades se organizan individual o colectivamente y distribuyen cuotas y responsabilidades entre sus miembros.

La tenencia comunal incluye derechos colectivos que corresponden a la comunidad en su conjunto, tales como acceso a los bosques, fuentes de agua, santuarios y pastizales. Las reglas de acceso y aprovechamiento son distribuidas exclusivamente entre los miembros del grupo, quienes pueden ser reconocidos fácilmente por su sentido de pertenencia mediante mecanismos basados en responsabilidad y participación colectiva. Por ejemplo, para obtener derechos que permitan aprovechar productos forestales, los individuos deben haber contribuido a completar tareas y responsabilidades dentro de su comunidad. Los derechos individuales a las tierras comunales son asignados y reconocidos siguiendo las normas locales.

Desde el punto de vista del Estado, los derechos pueden ser ejercidos y reclamados solo según las leyes formales. En la práctica, estos dos mecanismos para el ejercicio de los derechos no están aislados sino que están estrechamente vinculados, no necesariamente debido a las políticas de reconocimiento del Estado sino a la capacidad de adaptación de las comunidades. Por ejemplo, las comunidades que han registrado sus propiedades tienen más oportunidades de ejercer sus derechos consuetudinarios que aquellas que no lo han hecho. De igual forma, las organizaciones comunitarias que han formalizado su existencia, es decir que han obtenido personería jurídica, tienen más posibilidades de ejercer sus derechos colectivos.

La lucha por el reconocimiento de los derechos consuetudinarios

En los Acuerdos de Paz suscritos en 1996, los mismos que pusieron fin a más de tres décadas de conflicto armado, el Estado se comprometió a reconocer los derechos consuetudinarios. Para tal

fin se reformó el Código Municipal y se aprobaron leyes para la participación, la descentralización y la creación de consejos. El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas reconoció la participación de las autoridades comunitarias y extendió la aplicación de las normas consuetudinarias a los derechos relativos a las tierras y la resolución de conflictos.

A pesar del progreso en la aplicación de los derechos indígenas, el Estado continúa promoviendo o tolerando acciones que infringen los derechos de tenencia comunitarios, como la autorización de licencias de aprovechamiento minero en territorios indígenas y la incapacidad de reconocer la obligatoriedad de las consultas comunitarias. En 2007, una propuesta formulada por grupos ambientalistas para crear una legislación de agua fue rechazada por las comunidades indígenas del altiplano por no haber reconocido sus normas consuetudinarias.

Si bien el manejo forestal está regido por la Ley Forestal, en la práctica, las comunidades han establecido sus propias normas. Es por esta razón que han surgido conflictos entre las autoridades comunitarias y el Instituto Nacional de Bosques. Dichos conflictos están relacionados con los requisitos para obtener permisos para el aprovechamiento doméstico de recursos, particularmente madera y leña. La entidad forestal ha insistido que las comunidades obtengan permisos siguiendo las regulaciones formales y ha facilitado la creación de oficinas forestales municipales para agilizar este proceso; todos los otros usos del bosque son considerados ilegales. Los conflictos surgen debido a que no todos los usuarios forestales obtienen estos permisos, principalmente porque se trata de recolectores de bajo volumen que, por lo general, han recibido autorización de las autoridades comunitarias o son tolerados por ellas. En otros casos, las oficinas forestales municipales otorgan permisos para los bosques comunales sin haber obtenido el consentimiento de las autoridades comunitarias. Algunos bosques comunales han sido convertidos en áreas protegidas, donde las normas consuetudinarias han sido reemplazadas por normas oficiales de conservación y planes de manejo. Las limitaciones resultantes sobre el uso tradicional afectan a las familias más pobres, que son las que más dependen de los recursos forestales.

En general, el Estado guatemalteco no ha hecho muchos esfuerzos por reconocer los derechos consuetudinarios a pesar de la existencia de una disposición constitucional que protege las tierras comunitarias; por ello, no es posible identificar un modelo de reconocimiento. Por su lado, y en parte para defender sus derechos, algunas comunidades del altiplano han tratado de constituirse en organizaciones formales o buscar otras formas de registrar sus propiedades formalmente. Esto les ha permitido mayor margen para llevar a cabo sus prácticas tradicionales, aunque el manejo forestal permanece bastante regulado.

Sin embargo, tanto las comunidades como algunas entidades gubernamentales están llevando a cabo esfuerzos para lograr una mayor complementariedad entre las normas formales y consuetudinarias. Por ejemplo, varias comunidades han obtenido acceso a incentivos para reforestación y protección de sus bosques y han creado oficinas forestales comunales, que tienen tareas más específicas que las oficinas forestales municipales, ya que se encargan del manejo de los bosques comunales. También se ha avanzado en la formulación de una estrategia para la conservación y el manejo de tierras comunales, la misma que propone el reconocimiento de los derechos tanto individuales como colectivos y de los sistemas locales de organización y gobernanza. Otra propuesta contempla la reformulación de las categorías actuales de áreas protegidas para hacerlas más relevantes para las tierras comunales y los derechos de los pueblos indígenas.

Desafiando la integración: análisis de casos

Todos los casos han demostrado que los límites de lo que se ha denominado ley consuetudinaria no son fijos, y que su práctica tradicional histórica está evolucionando. Y cada uno de ellos muestra cierto nivel de integración jurídica en la gobernanza de la tenencia, pero con diferencias importantes entre los modelos y los intereses del Estado.

El caso de Ghana presenta más claramente el modelo del agente propuesto por Fitzpatrick, en tanto existe un reconocimiento importante por parte del Estado de los representantes comunitarios y la participación de los mismos; en este caso específico, de los jefes. En general, los esfuerzos parecen estar orientados a acomodar la ley consuetudinaria en lugar de ignorarla o subvertirla. El desafío para la innovación de políticas, tomando conciencia de las disposiciones constitucionales de este reconocimiento, es cómo asegurar la rendición de cuentas 'obligando' a estos representantes a actuar como fideicomisarios.

Burkina Faso representa el modelo de constitución formal del grupo en el caso de los bosques manejados por el Estado y el modelo de juntas de tierras o de los consejos de aldeas fuera de las áreas formales de manejo. Después de un período caracterizado por la supresión de derechos bajo el gobierno revolucionario, la Constitución hoy hace un llamado hacia la armonización, y no hay duda que parecen haberse dado algunos avances en ese sentido. En general, el Estado todavía se muestra ambivalente hacia los derechos de tierra consuetudinarios, y tal vez haya habido algunos intentos por suprimirlos (por lo menos hasta hace poco); sin embargo, es receptivo en el sentido de acomodar las prácticas forestales locales.

Indonesia representa una mezcla compleja del modelo minimalista, del modelo del agente y del modelo de constitución formal del grupo. En parte debido a las características del país y de su población, la situación es confusa: el proceso de descentralización ha dado lugar a una multiplicidad de enfoques. Este es también el caso de Camerún (Diaw *et al.* 2008; Oyono *et al.* 2008). En general, sin embargo, al igual que en Guatemala, el Estado no se muestra muy interesado en reconocer la ley consuetudinaria y los derechos a la tierra o los bosques; más bien, existe una tendencia hacia la supresión de estos derechos en los lugares donde el Estado logra tener suficiente presencia.

En la práctica, Guatemala no ha reconocido los derechos consuetudinarios a la tierra y los bosques y sus esfuerzos por acomodar o integrarlos se han dado solo en pequeña escala o mediante algunas entidades o actores específicos del gobierno en algunas comunidades. Está por verse si las propuestas nacionales pendientes irán más allá de la idea. Por su parte, las comunidades han tratado de defender sus derechos creando instituciones formales, a través de la constitución formal del grupo, por ejemplo, y obteniendo títulos de propiedad de la tierra.

Si bien Fitzpatrick destaca la importancia de la fuente de la inseguridad de la tenencia de tierras en la elección del modelo de reconocimiento, este aspecto no parece haber desempeñado rol alguno en las decisiones tomadas por cada uno de los países. Más bien, parecen haber sido tomadas sin habérselo propuesto realmente, o quizá para satisfacer necesidades del Estado. Por ejemplo, el enfoque minimalista es usado en Indonesia –como sospechamos que también es usado en

muchos otros países— solo cuando el Estado es incapaz de hacer cumplir su voluntad, en lugar de que ello represente la mejor opción para garantizar los derechos de tenencia de las comunidades. El método del agente es casi por definición más ventajoso para el Estado que para la comunidad, por lo menos si no existen mecanismos de rendición de cuentas ante la comunidad. Al igual que en el caso de Guatemala, otras opciones parecen haber surgido principalmente como mecanismo de defensa, algunas veces contra las acciones del Estado.

El método de la constitución formal del grupo parece particularmente relevante en el caso de los contratos externos, en especial para el aprovechamiento forestal y otras actividades de manejo forestal, por lo menos en Indonesia y Guatemala. Sin embargo, en Burkina Faso, este modelo es utilizado para otorgar concesiones formales a organizaciones comunitarias en los bosques que han utilizado tradicionalmente pero sin reconocer sus derechos a la tierra; en cambio, el modelo de las juntas de tierras o los consejos de aldeas es usado cuando el alcance del gobierno central es limitado y, en este caso, hay más potencial de que el modelo integre los derechos de tierra consuetudinarios.

En resumen, la elección del modelo —y por lo tanto, la mayor o menor intervención del Estado— no nos sirve de mucho en el sentido que no nos permite vislumbrar un mayor o menor compromiso apoyando e integrando los derechos consuetudinarios. Es decir, el modelo de reconocimiento en sí no sugiere si el enfoque general del Estado revela ambivalencia, adaptación o supresión. Por otro lado, los dos países con las políticas más represivas, Indonesia y Guatemala, han sido los más efectivos evitando cualquier compromiso con un modelo particular de reconocimiento. En el primer caso, existen varios modelos en diferentes ámbitos, ya que se consideran convenientes o expeditivos para el tema en cuestión, mientras que en el segundo caso, las comunidades han tenido que adaptar la ley formal para encontrar maneras de mantener los derechos y las prácticas consuetudinarias.

Un aspecto que puede ayudarnos a esclarecer el compromiso del gobierno con los derechos forestales consuetudinarios es la cuestión de la exclusión. Solo en Ghana las comunidades pueden tener derechos de exclusión *de jure*, a través de sus autoridades consuetudinarias (en Burkina Faso, las autoridades consuetudinarias tienen derechos de exclusión *de facto*, e incluso el Estado generalmente solicita su consentimiento antes de tomar decisiones relativas a los bosques). El otorgamiento de los derechos de exclusión no es siempre un tema sencillo y puede que sea difícil de abordar en situaciones de múltiples usuarios o demandas superpuestas; por ejemplo, el otorgamiento de derechos de exclusión a una comunidad generalmente conlleva a la exclusión de otros usuarios consuetudinarios, sobre todo los usuarios temporales y estacionales como los pastores (véase Capítulo 9). La exclusión también plantea cuestiones relativas a la autoridad y representación (véase Capítulo 5). No obstante, el derecho de excluir a empresas madereras o concesiones que ingresan a los bosques con la autorización del Estado parecería ser algo fundamental. En Burkina Faso, Indonesia y Guatemala, el consentimiento de la comunidad no es requerido cuando el Estado autoriza estos permisos. Esto dificulta que las comunidades puedan proteger sus bosques, por lo que cualquier reforma de tenencia forestal efectiva que tenga como objetivo beneficiar a las comunidades debería, como mínimo, exigirle al Estado que obtenga el consentimiento previo de la comunidad antes de emitir dichos permisos.

Los casos también ofrecen una mirada a lo complicado que resulta tratar de integrar los sistemas consuetudinarios y formales. Los derechos consuetudinarios de tenencia sobre los bosques y la práctica de estos derechos están arraigados en los derechos a la tierra; son influenciados por las relaciones sociales y culturales que definen la membresía al grupo (entre otras cosas) y regulados por autoridades consuetudinarias. Los diferentes grupos étnicos y comunidades crean diferentes conjuntos de derechos y prácticas; por ello, en comunidades con gran diversidad social, como en el caso de Indonesia, las leyes consuetudinarias también son diversas. Las cinco esferas que conforman el conjunto de derechos proporcionan dimensiones adicionales desde donde los derechos pueden ser asignados, ya sea compartiéndolos o dividiéndolos. Los sistemas formales son un tanto menos complicados, promoviendo en ciertas ocasiones (o incluso frecuentemente), políticas contradictorias, como en el caso del reconocimiento de los derechos consuetudinarios en el sector agrario versus el sector forestal de Indonesia.

En todos los casos identificamos cierto reconocimiento formal de los derechos consuetudinarios y en algunos casos las prácticas sustantivas de derechos de tenencia han sido enriquecidas por la ley consuetudinaria. Por ejemplo, en Ghana, todos los derechos que han sido reconocidos por el Estado, habían sido anteriormente leyes consuetudinarias. En la actualidad, los derechos consuetudinarios se utilizan incluso en los tribunales al abordar disputas relacionadas a las tierras. En Burkina Faso y en Indonesia, aunque el Estado tiene propiedad *de facto* sobre la tierra, los usos cotidianos de los bosques han dependido mayormente de prácticas consuetudinarias, excepto en el creciente número de casos en Indonesia, donde grandes concesiones han sido otorgadas a empresas privadas, las que a su vez tienen el derecho (legal) de usurpar las tierras y bosques locales. Incluso en Guatemala, donde las tierras comunales indígenas han sido históricamente usurpadas por el Estado y los intereses privados, y la ley forestal del Estado ha sancionado muchas prácticas locales, continúan surgiendo innovaciones creativas para acomodar las prácticas consuetudinarias.

En su revisión crítica de la gestión de tierras en Ghana, Kasanga y Kotey (2001) respaldaron la característica pluralista de los sistemas existentes de tenencia, observando por ejemplo que la revocación total del sistema consuetudinario no es práctica ni viable. Los otros casos parecen apoyar este punto de vista, dado el poder de permanencia de la práctica consuetudinaria, la revitalización de los sistemas consuetudinarios en el marco de la descentralización y el reconocimiento *de facto*, si no *de jure*, del manejo de tierras locales.

Por lo tanto, el argumento de que las innovaciones políticas deben concentrarse en la integración jurídica para garantizar que los elementos positivos de ambos sistemas permanezcan juntos está bien fundamentado en este estudio. En teoría, la integración jurídica existe cuando los elementos de los dos sistemas se fortalecen mutuamente o desempeñan funciones complementarias que son valoradas por la población local. El interés en integrar los sistemas de tenencia forestal formales y consuetudinarios es producto de las dificultades que enfrentan los habitantes de los bosques que han tenido que luchar con las incompatibilidades existentes entre sus propias costumbres y los requisitos impuestos por sus gobiernos formales. En esta batalla, ellos han sido con frecuencia los perdedores.

Sin embargo, a pesar de su atractivo teórico, no queda todavía claro cómo lograr dicha integración en la política y en la práctica. Uno de los desafíos es cómo darle significado material a la forma que la integración jurídica de la tenencia forestal va a asumir en la práctica y la medida en la que puede ser empíricamente diseñada para mantenerse como modelo. En este sentido, los cuatro modelos de reconocimiento presentados aquí son todavía insuficientes.

Uno de los puntos de partida tiene lugar cuando el reconocimiento formal ha pasado del discurso a la práctica y cuando no hay duda de que tiene como objetivo el acomodo y la integración, en lugar de la represión. La falta de voluntad política para lograr la integración puede representar un obstáculo importante, y en este sentido, la lección del altiplano guatemalteco constituye un buen ejemplo. En vista del poder que ostenta el Estado, aun está por verse cómo puede construirse un sistema integral que proteja los derechos locales, particularmente sobre los recursos de alto valor. Los casos sugieren que un Estado que se inclina hacia la eliminación de los sistemas consuetudinarios, como en Indonesia y Guatemala, podría adaptar un modelo de reconocimiento o integración solo para promover en su lugar este objetivo.

Al mismo tiempo, la falta de voluntad política respecto a la integración puede estar relacionada con los actores consuetudinarios mismos, especialmente si la integración va a amenazar el poder y los intereses económicos de las elites locales. Por ejemplo, es posible que la búsqueda del reconocimiento completo de la ley de tierras consuetudinarias en Ghana requiera de nuevos procedimientos para la distribución de beneficios de las rentas forestales y que los jefes funcionen como fiduciarios y no como propietarios privados. Esto plantea cuestiones relativas al tipo y grado de intervención estatal que es aceptable o apropiada cuando las prácticas consuetudinarias son desiguales, discriminatorias o poco democráticas; por ejemplo, cuando el derecho de la mujer a su herencia y los mecanismos de rendición de cuentas hacia la comunidad no están integrados a las estructuras o prácticas tradicionales.

Otros desafíos incluyen la complejidad misma de los sistemas consuetudinarios en la práctica. La mayor parte de leyes consuetudinarias no están codificadas, lo que resulta en una diversidad de interpretaciones y aplicaciones. El grado en que el Estado pueda reconocer leyes consuetudinarias e integrarlas dependerá de cuán fácilmente dichas leyes hayan sido organizadas. Aunque algunos defienden la codificación de estas leyes, otros argumentan que esto interferiría con la fluidez y adaptabilidad que caracterizan a la ley consuetudinaria con el correr del tiempo.

Finalmente, en este capítulo hemos abordado, principalmente, comunidades cuyos miembros comparten un sistema consuetudinario. De hecho, es muy probable que los grupos de residentes o aldeas empiecen a constar de varios grupos étnicos o 'comunidades', cada uno con sus propias reglas consuetudinarias. El interés de las minorías debe ser tomado en cuenta al diseñar cualquier integración de los sistemas de tenencia forestal, consuetudinarios y formales. La negociación de las partes interesadas se hace especialmente importante en esos contextos.

Notas

- 1 Los conceptos más importantes son presentados en el Capítulo 1.
- 2 En efecto, el Estado mismo incluye con frecuencia componentes que se contradicen.
- 3 Al mismo tiempo, consideramos problemático su llamado hacia 'esferas designadas' y su énfasis en la 'propiedad privada', a la luz de la naturaleza social de los sistemas consuetudinarios como se resumió anteriormente.
- 4 Elbow *et al.* (1998, en Diaw 2005:51), utiliza un marco diferente para organizar las políticas de 22 países africanos: (1) no reconocimiento o abolición; (2) reconocimiento neutral; (3) reconocimiento orientado al reemplazo; y (4) reconocimiento a través de la zonificación.
- 5 El *stool* se refiere al asiento del jefe de un estado indígena y representa la fuente de su autoridad.
- 6 Las áreas tradicionales están conformadas por varias comunidades, que pueden tener sus propias tierras y jefes de *stools*. Los diferentes jefes de las comunidades en el área tradicional, además del jefe supremo, conforman el consejo tradicional, el mismo que está presidido por un jefe supremo. Los jefes son varones pero están acompañados por una reina madre, que en raras ocasiones puede ocupar el *stool* y, por lo tanto, desempeñarse como jefe.
- 7 Los consejos de desarrollo de las aldeas también puede desempeñar un rol en los bosques manejados que no son 'bosques clasificados' y que, por lo tanto, se encuentran bajo dominio comunal en lugar de estatal. Si el área bajo manejo está en concesión, el papel del consejo es más limitado, pero si no está en concesión, el bosque será asignado al consejo.
- 8 La determinación de lo que constituye un idioma y un dialecto continúa siendo un problema en Indonesia (http://www.ethnologue.com/show_country.asp?name=id) (última consulta Septiembre 2009).
- 9 Véase http://en.wikipedia.org/wiki/Demographics_of_Indonesia (última consulta Mayo 2009).
- 10 La descendencia de los grupos bilaterales se sigue tanto por la línea del padre como de la madre.
- 11 Véase Colfer (1991) y Colfer *et al.* (1988, 1989).