



OBLIGACIONES FIDUCIARIAS DEL ESTADO RESPECTO A LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SUS TERRITORIOS. ¿PUEDE APORTAR SOLUCIONES A CONFLICTOS DE INDUSTRIAS EXTRACTIVAS EN EL CASO PERUANO?

*STATE'S FIDUCIARY OBLIGATIONS CONCERNING INDIGENOUS
PEOPLES AND THEIR TERRITORIES: USING COMPARATIVE LAW
TO PROPOSE SOLUTIONS TO CONFLICTS THAT ARISE FROM
EXTRACTIVE INDUSTRIES IN PERU*

FERNANDO LIENDO TAGLE*

Universidad de Huelva
fliendo@gmail.com

Recibido: 5/7/2018

Acceptado: 17/7/2018

Resumen

Los conflictos sociales y ambientales derivados de actividades extractivas son un tema ampliamente desarrollado en diversas disciplinas. Este artículo no intenta evaluar una visión completa del problema, sino propone una revisión del mismo bajo una óptica jurídica diferente, sirviéndonos de la comparación jurídica y de la argumentación de la teoría legal. Así, nuestro trabajo explorará la doctrina de las 'obligaciones fiduciarias' del Estado respecto a los pueblos indígenas, centrándose en la protección de la propiedad de las tierras indígenas y su relación con las medidas legales y administrativas del Estado. Nuestro propósito es razonar si el fundamento, contexto, y reglas de la posición fiduciaria pueden o deberían ser transferidos o incorporados de alguna manera a contextos como el peruano.

Palabras clave

Conflictos socioambientales - pueblos Indígenas - derecho comparado - obligaciones fiduciarias

Abstract

Social and environmental conflicts arising from extractive activities in the lands of indigenous peoples is a subject that has been analysed across various disciplines. This article does not attempt to weigh a comprehensive overview of the problem, but rather proposes an alternative legal analysis by employing comparative law and aspects of legal theory. In particular, this article will explore the doctrine of 'fiduciary obligations' in the context of the State's relationship with indigenous peoples – focusing on the protection of the ownership of indigenous lands and the legal and administrative processes of the State – to evaluate whether the context, order and basis of the State's fiduciary position can provide solutions in a Peruvian context.

Keywords

Environmental conflicts - indigenous peoples - Comparative Law - fiduciary obligations

* Doctorando en Historia del Derecho y de las Instituciones. Becario de la Agencia Estatal de Investigación del Gobierno de España.



I. Introducción

Un elemento común a diversos países con economías emergentes radica en su relación con las materias primas y las industrias extractivas. Esta relación, también calificada como 'dependencia', resulta problemática en tanto los territorios de donde se extraen estas materias se encuentran en múltiples ocasiones vinculados o superpuestos con territorios de pueblos indígenas u originarios. Desde el punto de vista del Derecho, ¿cómo se estructuran estas operaciones?, ¿bajo qué criterios o presupuestos se sostienen las decisiones legales o administrativas que autorizan la explotación de recursos?, ¿pueden existir otros criterios para fundamentar decisiones? El caso peruano en cuanto a la explotación de recursos naturales, sobre todo en minería, nos aporta algunos elementos útiles de análisis.

Tradicionalmente, la posición estatal respecto a la extracción de materias primas era vista como esencialmente una cuestión de Derecho Administrativo. Esto es, se trataba de la tramitación de procedimientos en los cuales el Estado debía otorgar un 'derecho de concesión' que autorizaba y regulaba el aprovechamiento de los recursos. En estos procedimientos se parte de la premisa de un cuasi absoluto *imperium* del Estado en la decisión. La legislación aplicable era básicamente sectorial, y regulaba aspectos como el derecho de vigencia de la concesión, el pago de las tasas por el mismo, las obligaciones de inversión, las causales de caducidad de la concesión, y autorizaciones complementarias, entre otras.

Ahora bien, en general tal soberanía del Estado se debe a que existe una 'separación jurídica' entre la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y la propiedad de los predios donde se encuentren ubicados. Así, mientras los primeros son primariamente propiedad exclusiva del Estado, y éste es 'soberano en su

aprovechamiento'¹, los terrenos encima de los yacimientos pueden estar sujetos a derecho de propiedad individual o colectiva. De ahí, que el titular de una concesión deba de llegar a un acuerdo con el propietario del terreno (sea para tenerlo en usufructo o adquirir la propiedad del mismo) o solicitar la imposición de una servidumbre administrativa, para la utilización del terreno superficial.

Procediendo de esta manera, el Estado peruano ha otorgado en concesiones mineras, según cifras oficiales, al menos el 12.80% del territorio nacional.² Esto sin contar con la minera ilegal, de la cual hablaremos después. En un comienzo, el aprovechamiento de los recursos se realizaba en parte a través de la actividad empresarial del Estado y, luego de las privatizaciones de empresas públicas, esto se trasladó a los particulares, mediante el régimen de concesiones. El modelo jurídico planteado se estructuraba así bajo el esquema de que el Estado como propietario de los recursos naturales debía fomentar las inversiones en los mismos, y debía trasladar y promover a los privados las iniciativas y ejecución de los proyectos de extracción.

El esquema tradicional, donde un interesado solicitaba una concesión y se le dejaba la responsabilidad de llegar a un acuerdo con el propietario del terreno, resultaba a nuestro juicio problemático. Sus presupuestos son: i) que el Estado es plenamente soberano de los recursos naturales bajo el suelo, ii) que se debe cumplimentarse un procedimiento administrativo para tener un derecho de concesión y autorizaciones complementarias; iii) que exis-

1 Artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993.

2 INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO - INGEMMET, *Atlas Catastral Minero y Geológico*, 2016, p. 18. Disponible en: <http://www.ingemmet.gob.pe/atlas-catastral-minero>. Revisado el 15/5/2018.

tía una perfecta definición de los derechos de propiedad potencialmente afectados, y que mediante un contrato privado se podría resolver los efectos desfavorables de la explotación respecto a los titulares de los predios afectados; iv) que los procedimientos administrativos de imposición de servidumbres o evaluaciones administrativas de impacto ambiental resultaban suficientes para resolver los desacuerdos entre los interesados.

Así las cosas, cabe preguntarse si el modelo jurídico de planificación y extracción de recursos empleado ha sido el acertado. Se puede sostener que el problema con este régimen jurídico consiste en que ha generado un doble conflicto ante las partes involucradas: por un lado, los inversionistas titulares de las concesiones y, por otra, las poblaciones que están dentro o en un lugar adyacente (y susceptible de impactos) a donde debe realizarse la explotación, quienes oponen un fuerte rechazo a los mismos. Por una parte, respecto a los inversionistas y titulares de concesiones, la concesión de derechos ha generado una seguridad jurídica a los que los obtuvieron y siguieron procedimientos administrativos de evaluación de proyectos que después no se pueden ejecutar por este rechazo. Por otra parte, la concesión y consolidación de estos derechos genera una conflictividad social inmensa. Así, estos proyectos de extracción han encontrado la oposición firme de las poblaciones cercanas, quienes ven en las mismas una causa de contaminación de su entorno, desintegración de las comunidades, y degradación de sus condiciones de vida. Las eventuales compensaciones económicas o programas sociales prometidos (generalmente poco significativos respecto a las ganancias de la explotación) que prometen estos proyectos no son un remedio completo para resolver el conflicto.

Este conflicto –que en ocasiones ha degenerado en hechos de violencia– compromete

la responsabilidad internacional del Estado peruano al menos en dos niveles: de cara a los inversionistas cuyos proyectos se tornan inviables, hace susceptible de cuantiosas demandas internacionales por incumplimiento de Convenios de Protección de Inversiones –en el argot, *Bilateral Investment Treaties* ‘BITS’, incluidos en Tratados Comerciales– y someten al Estado peruano a cuantiosas demandas ante tribunales internacionales de arbitraje, desarrollados en el marco del CIADI, bajo la invocación de transgresión de estándares de trato justo y equitativo, prohibición de expropiaciones indirectas, obligación de brindar plena protección y seguridad física y jurídica a las inversiones, etc.³ Por otra parte, respecto a las poblaciones afectadas, generalmente pueblos indígenas, estos hechos repercuten en el goce de derechos humanos y en las obligaciones internacionales asumidas por el Estado respecto a estos pueblos.

En este ensayo nos gustaría revisar el mismo problema bajo una óptica diferente, sirviéndonos de la comparación jurídica y de cierta argumentación de teoría legal. Antes que colocar al Estado en una lógica de Administración Pública tradicional, que ejerce función de policía o fomento para cumplir sus obligaciones internacionales, el propósito de nuestra exploración es razonar si en esta relación se puede conceptualizar el papel del Esta-

3 Por ejemplo, el arbitraje iniciado por *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, Caso Ciadi No. ARB/14/21, ha terminado con un laudo, por la frustración de un proyecto de explotación minera en los Andes del Sur, donde se condenó al Estado peruano a pagar aproximadamente US\$ 24 millones de dólares (incluyendo costos arbitrales), por considerar que hubo ‘expropiación indirecta’ al derogar una autorización administrativa que generó una fuerte conflictividad social en el área del proyecto. El laudo está disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9382.pdf>. Revisado el 15/5/2018. Interesa ver el tipo de razonamiento empleado.

do como la ejecución de un rol de ‘fiduciario’. El concepto de obligación fiduciaria se origina en el Derecho canadiense, históricamente respecto a la relación entre la Corona y los Pueblos Aborígenes. Ha sido interpretado por la Corte Suprema de Canadá en casos como *Guerin v The Queen* [1984] 2 SCR 335 o *Haida Nation v British Columbia (Minister of Forests)* [2004] SCC 73, entre otros. Así, nuestro trabajo explorará la doctrina de las ‘obligaciones fiduciarias’ del Estado respecto a los pueblos indígenas, centrándose en la protección de la propiedad de las tierras indígenas y su relación con las medidas legales y administrativas del Estado, con el objeto de razonar si el contexto, la regla, y el fundamento de la posición fiduciaria pueden o deberían ser transferidos o incorporados de alguna manera a contextos como el peruano.

De forma muy breve, el contenido del ensayo consistirá en una descripción sintética de la obligación fiduciaria (I); los fundamentos conceptuales de la misma (II); la comparación de los equivalentes funcionales entre esta noción con avances semejantes del Derecho Internacional contenidas en la Declaración de la Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio No. 169 de la OIT, y la interpretación de la Convención Americana de DDHH por la Corte Interamericana (III). Finalmente, razonaremos sobre si las obligaciones fiduciarias serían un marco suficiente para lograr armonizar los intereses en pugna (IV).

Merece la pena señalar que, desde nuestro punto de vista, la problemática abordada es de particular interés para el caso del Perú, donde todavía no se ha reconciliado la necesidad de acrecentar los recursos públicos para fines de progreso social con la protección del medioambiente y de minorías en situación de vulnerabilidad, y que muchas características son extensibles a países emergentes, que

tienen una amplia diversidad cultural en su seno. En situaciones semejantes, pueden encontrarse propuestas de solución que se sostienen por (1) la vía de establecer derechos de propiedad individuales a los pueblos indígenas, que puedan ser libremente transferibles, acompañado de una formalización y facilitación a las industrias extractivas, donde incluso los pueblos indígenas participen en la explotación de recursos, en un esquema de abstención del Estado; contra (2) posiciones que abogan por un rol activo del Estado, tanto respecto a su relación con los pueblos indígenas y el medio ambiente, concretamente vinculado a la consulta previa, el consentimiento, diálogo y la restricción de las facultades expropiatorias, administrativas y discrecionales del Estado, para lo cual la doctrina del papel fiduciario del Estado puede aportar soluciones. Dada la limitación de espacio, el texto irá al núcleo de las temáticas y fijará un marco básico de donde se pueda realizar investigaciones más extensas.

II. El Estado como Fiduciario. Orígenes y entendimiento actual

Los orígenes de esta figura pueden encontrarse en una posición asumida por la Corona Británica en 1763 con la *Royal Proclamation*, por la cual la Corona asumió un rol determinado respecto a las tierras de las *First Nations* en lo que hoy es Canadá.⁴ Esta posición –no verificada en otras posesiones británicas como Australia o Sudáfrica⁵– con-

4 HURLEY, Mary, “The Crown’s Fiduciary Relationship with Aboriginal Peoples”, Parliamentary Research Branch, Library of Parliament, 2002. Disponible en: <http://publications.gc.ca/site/archivee-archived.html?url=http://publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/PRB-e/PRB0009-e.pdf>. Revisado el 15/5/2018.

5 FOX-DECENT, Evan, ‘Fashioning Legal Authority from Power: The Crown-Native Fiduciary Relationship’, *New Zealand Journal of Public and International Law*, Vol. 4, 2006, p. 111.

sistió en un rol de intermediación entre los colonos europeos que iniciaban el poblamiento de las tierras y las poblaciones originarias existentes.

En un inicio, este rol fiduciario estuvo motivado, según la proclamación, por los 'Abusos y Fraudes que han sido cometidos en la adquisición de las tierras de los Indios'⁶, en perjuicio de los indios, con 'gran perjuicio de los intereses de la Corona'. Así, a fin de 'prevenir tales irregularidades en el futuro y con el fin de que los Indios puedan convencerse de nuestra Justicia', se dispuso que ninguna persona privada pueda efectuar adquisiciones de las tierras nativas o de las reservadas para ellos. En cambio, todas las adquisiciones debían ser efectuadas por la Corona y no por privados.

Más allá de la controversia histórica en torno a la efectividad de tales disposiciones o la justicia de las mismas, que examinamos en la última sección, nos interesa revisar cómo se ha entendido la misma en tiempos recientes, sobre todo respecto a la manera en que los tribunales la han interpretado (en la medida también de la centralidad que tiene el *case-law* en el Derecho canadiense).

Ante todo, la *Constitution Act* de 1982 contiene, en la Parte II sobre derechos de los pueblos aborígenes de Canadá, una previsión, en su artículo 35 (1), que reconoce y afirma los derechos aborígenes y los acuerdos celebrados con los mismos.⁷ Comprensiblemente por la posición y relevancia que en Canadá tienen los recursos naturales, esta disposición

constitucional ha tenido que ser interpretada por la Corte Suprema en reclamaciones donde estaban comprometidos intereses de los aborígenes en relación con las decisiones del Gobierno sobre territorios. A fin de graficar la concepción fiduciaria, presentamos algunos contenidos esenciales de la interpretación contenida en las sentencias.

- El caso *Guerin v The Queen* [1984] 2 SCR 335,⁸ es conocido como uno de los que marcó las bases de la interpretación contemporánea de las obligaciones fiduciarias, como una obligación jurídicamente exigible. Para la Corte:

La naturaleza del título Indio y el marco del esquema legal establecido para disponer de las tierras Indias colocan en la Corona una obligación equitativa, aplicable por los tribunales, de encargarse de los territorios en beneficio de los indios. Esta obligación no es lo mismo que un *Trust* en el sentido del Derecho Privado, es más bien un deber fiduciario. No obstante, si la Corona infringe este deber fiduciario, será responsable hacia los indios en la misma manera y con el mismo alcance como si un *Trust* existiera de hecho [...]

Un grupo Indio está prohibido de transferir directamente sus intereses a una tercera parte. Cualquier venta o arrendamiento de una tierra puede únicamente realizarse después de que una entrega haya tomado lugar, con la Corona actuando en el nombre del grupo.

6 El texto es de fácil consulta en Internet. Government of Canada Web Archive, Library and Archives Canada. Disponible en: <http://www.bac-lac.gc.ca/eng/discover/archives-web-government/Pages/web-archives.aspx>. Revisado el 15/5/2018.

7 35. (1) the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

8 Los textos citados son traducciones libres de las sentencias. Todas las sentencias se pueden consultar en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/nav/date.do>. Revisado el 15/5/2018.

- En el caso *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, 1077 se reafirma que la Corona está en una relación fiduciaria con los pueblos aborígenes y les debe una obligación de consulta:

Esto es, el Gobierno tiene la responsabilidad de actuar en una posición fiduciaria con respecto a los pueblos aborígenes. La relación entre el Gobierno y los aborígenes es de confianza, antes que adversarial, y el reconocimiento contemporáneo y afirmación de los derechos aborígenes deben ser definidos bajo la luz de esta relación histórica. [...]

Reconocemos el hecho de que el estándar de justificación a ser alcanzado puede colocar una pesada carga en la Corona. Si se encuentra un objetivo legislativo válido, el análisis procede a una segunda parte del asunto de la justificación: el honor de la Corona está en los tratos con los pueblos aborígenes. La especial relación de confianza y la responsabilidad del Gobierno de cara a los pueblos aborígenes deben ser la primera consideración al determinar si la legislación o el acto en cuestión pueden ser justificados.

- En *British Columbia v. Haida Nation (Minister of Forests)*, [2004] 3 S.C.R. 511 se determina que la obligación de consulta de la Corona incluye un deber de buscar un acomodo de intereses:

La obligación de consultar y de acomodar es parte de un proceso de trato justo y de reconciliación que comienza con la afirmación de la soberanía y continúa más allá de reclamos formales. El fundamento del deber está en el honor de la Corona y la meta de reconciliación sugiere que la obligación

surge cuando la Corona tiene conocimiento, real o implícito, de la potencial existencia de un derecho o título Aborígen y observa una conducta que puede afectar adversamente en los mismos. Consultar y acomodar antes de reclamos definitivos de solución, preserva el interés aborígen y son una consecuencia esencial de un honorable proceso de reconciliación que la Sección 35 de la Constitución de 1982 requiere.

En donde la Corona asumió un control discrecional sobre los intereses específicos de los aborígenes, el honor de la Corona da lugar a una obligación fiduciaria. *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, 2002 SCC 79. El contenido de la obligación fiduciaria puede variar para tomar en consideración obligaciones diversas y más amplias de la Corona. Sin embargo, el cumplimiento de la obligación requiere que la Corona actúe con vistas al mayor beneficio de los grupos aborígenes al ejercer control discrecional sobre el interés específico de los aborígenes que se encuentren en riesgo.

Resumiendo lo establecido en las sentencias, el núcleo de la doctrina consiste en que el Estado *debe* actuar como un Fiduciario, incluyendo sus obligaciones, respecto de los intereses y derechos de pueblos indígenas. Inicialmente la posición de fiduciario cumplía un rol de ‘intermediación’ entre las Primeras Naciones y los colonos ingleses que deseaban adquirir tierras. Esto es, trataba de reconciliar la preexistencia de sociedades aborígenes con la soberanía de la Corona, haciendo que estas sociedades confían en la Corona la protección de sus intereses. Hoy en día se entiende como una serie de deberes del Estado al momento de ejercer su poder discrecional sobre estos intereses dado que en tal

relación y tratos está en juego 'el honor de la Corona'. Se persigue así una relación de confianza y responsabilidad de cara a estas comunidades, a fin de que puedan disfrutar de sus derechos y la posesión de sus tierras. Las obligaciones fiduciarias descartan imposiciones unilaterales de términos de interacción y es una medida de legitimidad, que reduce la discrecionalidad del Estado, e incluye obligaciones de consulta y de acomodación de intereses.

Una vez establecidos los contenidos básicos de la doctrina de las obligaciones fiduciarias, descripción que nos sirve de punto de partida, pasamos a explorar sus fundamentos.

III. Fundamentos conceptuales del Estado como Fiduciario

La fiducia, sabemos, es una institución sumamente antigua en nuestra tradición jurídica. Hunde sus raíces en Roma y básicamente suele ser empleada en el Derecho Privado. Sinteticemos su contenido central. En sus inicios, la fiducia era un convenio por el que 'una persona *fiduciante* transmite a otro, fiduciario, la propiedad de una cosa mancipable mediante *mancipatio* o *in iure cessio*⁹ pero siempre, y por eso se distingue de una transmisión simple de propiedad, con una determinada 'finalidad'. Las finalidades clásicas podían ser para garantizar un crédito *-cum creditore-* o para administrar y gestionar la cosa o derecho por el fiduciario *-cum amico-*.¹⁰ La fiducia nacía entonces de un *pactum fiduciae* y era fuente de obligaciones, básicamente centradas en el fiduciario, las mismas que eran residenciables mediante la *actio fiduciae* (*Gayo 4.1.82*) como acción de buena fe a fin de comprobar el cum-

plimiento de las mismas.¹¹ La razón de ser de la fiducia estaba entonces en la preservación de los bienes, mediante el encargo a otro que garantice su inmunidad y el cumplimiento de una finalidad específica. En estos actos, el rol de la *fides* –lealtad y honestidad– resultaba esencial y hasta hoy queda intacto. Incluso en la actualidad está plenamente asentado que en los negocios fiduciarios, cuyo ámbito es amplísimo, son elementos esenciales el *actuar en interés de otro*, que tal relación deba estar *basada en la confianza* y que se generen *obligaciones residenciables*, controlables y ante un tribunal.

Por otro lado, para hacer una comparación equivalente, las relaciones fiduciarias en el *common law* inglés tienen un ámbito de semejanza. Con frecuencia se dice que sus orígenes descansan en la época en que los Caballeros iban a las Cruzadas y debían dejar su patrimonio por mucho tiempo abandonado, lo que generó la necesidad de encargarle la administración temporal del mismo a otra persona (el *trustee*), con la finalidad que lo administre en ausencia y que lo retorne al regreso.¹² Más allá de esto, el fiduciario es 'alguien que ostenta una posición de confianza respecto a alguien más'.¹³ Una relación fiduciaria es aquella en la cual 'alguien en una posición de confianza tiene derechos y facultades que está obligado a ejercer en beneficio de otro'.¹⁴ Las relaciones fiduciarias surgen de circunstancias en las que una parte (el fiduciario) mantiene un poder discrecional de una naturaleza de administración sobre los intereses legales o prácticos de otra parte (el beneficiario), y el beneficiario es peculiarmente vulnerable al poder del fiduciario en el sentido de que es incapaz, sea por una cuestión de hecho o derecho, de ejercer

9 *Fiducia*, en GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, 3ra. ed., Madrid, 1990.

10 "Negocio Fiduciario", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo III, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 4407-4408.

11 *Diccionario de Jurisprudencia Romana. Ob. Cit.*

12 HUDSON, Alastair, *Equity & Trusts*, Cavendish Publishing, Londres, 2005, p. 35.

13 *Dictionary of Law*. Ed. Elizabeth Martin. Oxford University Press, Oxford, 1997.

14 *Idem*.



el poder encargado. Las relaciones fiduciarias abarcan desde los vínculos entre padres-hijos, Consejero de Administración-Sociedad, abogado-cliente, agente-representante, doctor-paciente, padres-hijos menores, síndico-sociedad en liquidación, Gerente-Accionistas, y por supuesto el *trustee* con el beneficiario de un fideicomiso, entre otras.¹⁵ En todos estos casos, el conocimiento asentado y común, reconoce los deberes de lealtad y cuidado razonable y de actuar en beneficio del tercero.

Trasladar la posición del fiduciario al Estado, respecto a los pueblos aborígenes, plantea una objeción evidente e inmediata. La principal objeción podría formularse así: *‘la posición del Estado como fiduciario supondría estimar a los pueblos indígenas como incapaces relativos, que carecen de la capacidad para relacionarse con otros y decidir sobre sus propios intereses’*. Esta doctrina podría representar una manifestación más de los prejuicios de inferioridad y desprecio que han padecido históricamente estos pueblos al asimilarlos a ‘menores de edad’. Las explicaciones anteriores, sin embargo, nos permiten superar en parte esta objeción inmediata a la consideración del Estado como fiduciario.

¿La posición del fiduciario tiene necesariamente implicaciones paternalistas? A nuestro juicio, no. La doctrina de la fiducia, en general, descansa en último término en la consideración de que existe una persona en mejor posición que el beneficiario para ejercitar directamente sus derechos. Esta mejor posición puede estar fundada en un mejor conocimiento, experiencia o fortaleza, para proteger los intereses del beneficiario en los asuntos tratados. Así sucede en relaciones como las de médico-paciente, directores-accionistas. En estas relaciones, existe un encar-

go de actuar en beneficio de otro. Al mismo tiempo que tiene aparejado un poder y unas facultades que inciden en el beneficiario, existen unas obligaciones igualmente vinculantes y que, en caso de transgresión o incumplimiento, pueden ser controladas y remediadas ante los tribunales.

En la parte del beneficiario se estima que éste se encuentra en cierta posición de vulnerabilidad. La vulnerabilidad se debe a motivos tanto ‘naturales’, como en la relación padres-hijos menores de edad, como a motivos de ‘conveniencia’ o ‘aseguramiento jurídico’, como el caso de patrimonios en fideicomiso. En todo caso, el fundamento de la existencia de las obligaciones fiduciarias radica en asegurar que el beneficiario, que está en situaciones de vulnerabilidad o riesgo, no pueda ser lesionado física, moral o jurídicamente. En el caso del contrato de fideicomiso, por ejemplo, a efectos de que no sean menoscabados los bienes que lo conforman, con el consecuente perjuicio al beneficiario, se genera un ‘patrimonio autónomo’, esto es, un patrimonio que temporal o permanentemente está conformado por objetos que no tienen dueño.¹⁶ El referido patrimonio es obviamente distinto del patrimonio de las diferentes partes que participan en su constitución (no es del fiduciario);¹⁷ así, uno de los principales efectos del fideicomiso es entonces *el aislamiento del riesgo asociado al fideicomitente*¹⁸. El fideicomiso puede ser en-

15 FOX-DECENT, Evan y CRIDDLE, Evan J., “A Fiduciary Theory of Jus Cogens”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009. p. 349.

16 Ver por todos: LUPOLI, Mauricio, *Trusts: A Comparative Study*, The Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 379.

17 Como ejemplo, la definición contenida en el Artículo 253 de la Ley General del Sistema Financiero y Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros del Perú.

18 “Artículo 241°.- Concepto de Fideicomiso. El fideicomiso es una *relación jurídica* por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, *sujeto al dominio fiduciario* de este último y *afecto al cumplimiento de*

tonces una típica construcción jurídica destinada al aseguramiento de intereses respecto de personas y patrimonio en situaciones de riesgo y vulnerabilidad.

Ahora bien, situados en el Derecho Internacional es bastante obvio que el concepto de Fideicomiso no es en absoluto nuevo. De hecho, el concepto de Territorios en Fideicomiso está previsto en uno de los documentos fundamentales del DI como la Carta de Naciones Unidas. En efecto, el Capítulo XII trata del Régimen Internacional de Administración Fiduciaria detallando en sus artículos 75° al 85° la condición y fines de los mismos.¹⁹ En su momento, como es conocido, este régimen incluyó a 11 territorios que se convirtieron en Estados independientes o se asociaron volun-

tariamente con otros Estados (países como Ghana, Camerún, Tanzania, Samoa, Papua Nueva Guinea y los territorios en fideicomiso de las Islas del Pacífico como Islas Marshall o Estados Federados de Micronesia, pertenecieron a éste régimen); para después de 1994, con la independencia de Palau, se haya dado por terminada esta particularidad internacional. En tal sentido, no sin razón se sostiene que: «En balance, el registro histórico parece sugerir que la doctrina fiduciaria posibilitó el colonialismo al prestarle una apariencia de legalidad. Podría decirse, sin embargo, que la maldad del colonialismo radica no la estructura fiduciaria *per se* de este dominio colonial, sino en el colonialismo en sí mismo, esto es, en la denegación previa de la aptitud de los pueblos colonizados para gobernarse a sí mismos».²⁰

un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario. El patrimonio fideicometido es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicometido no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios.»

Ver por todos: HANSMANN, Henry y MATTEI, Ugo, "The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis", *New York University Law Review*, No. 73, 1998, p. 456.

19 Los supuestos de tal régimen están textualmente en el artículo 77°, que dispone:

1. 'El régimen de administración fiduciaria se aplicará a los territorios de las siguientes categorías que se colocaren bajo dicho régimen por medio de los correspondientes acuerdos:
 - a. territorios actualmente bajo mandato;
 - b. territorios que, como resultado de la segunda guerra mundial, fueren segregados de Estados enemigos, y
 - c. territorios voluntariamente colocados bajo este régimen por los Estados responsables de su administración.
2. Será objeto de acuerdo posterior el determinar cuáles territorios de las categorías anteriormente mencionadas serán colocados bajo el régimen de administración fiduciaria y en qué condiciones'.

Existe, no obstante, una fundamentación posible sobre el sentido del fideicomiso más acorde con el *ius cogens* de la libre determinación de los pueblos y los derechos humanos. Esta consiste en ampliar la idea de fideicomiso no sólo respecto a un territorio alejado de una metrópoli, y a los habitantes del mismo que no son ciudadanos del Estado colonial, sino al poder mismo que ejerce el Estado respecto a sus propios ciudadanos, donde también existe una relación fiduciaria. El profesor FOX-DECENT defiende esta tesis, sosteniendo que: «La interacción fundamental que desencadena una obligación fiduciaria es el ejercicio por una parte de un poder discrecional de naturaleza administrativa sobre los intereses de otra parte. En la interacción entre Estado y las personas sujetas a él existe algo profundamente fiduciario [...] la naturaleza fiduciaria de esta relación provee la justificación de la autoridad jurídica del Estado y la obligación de actuar en interés de sus ciudadanos. El resultado de

20 FOX-DECENT, Evan y CRIDDLE, Evan J., "A Fiduciary Theory of Jus Cogens", *Ob. Cit.*, pp. 351-352.



concebir al Estado como fiduciario es que toda persona sujeta al poder del Estado –sin perjuicio de su estatuto civil o político– es un beneficiario de una obligación fiduciaria global que se manifiesta como el Estado de Derecho»²¹.

Desde este punto de vista, la interacción fundamental que activa la obligación fiduciaria es el ejercicio *de facto* de poderes discrecionales y unilaterales del fiduciario *sobre* los intereses de otra parte, intereses que se vuelven vulnerables en virtud a este poder. Para ubicar el fundamento moral de los derechos del beneficiario, el autor busca en la filosofía de Kant, quien sostiene que: «los deberes que los padres deben a sus hijos surgen del acto de procreación de los padres que traen al mundo a un niño vulnerable sin el consentimiento del niño. Similarmente, un fiduciario que ejerce poder unilateral y discrecional está impedido de abusar de tal posición. El beneficiario no tiene que depositar la confianza en el fiduciario para que la obligación surja; esta surge del funcionamiento del principio fiduciario mismo. El cumplimiento de los deberes atados al ejercicio del poder público impuestos por el principio otorga a los gobernados una razón para obedecer las leyes del Estado y legitiman su autoridad. Es más: la autoridad jurídica del Estado tiene como fuente una relación fiduciaria *real* antes que una relación contractual *supuesta*».²²

Esta teoría nos propone entonces un nuevo paradigma para comprender la relación Estado-ciudadano. Se funda en las relaciones entre soberanía, poder, discreción y vulnerabilidad. Nos ayuda a entender las relaciones donde existe un poder *de facto*, respecto a la vulnerabilidad de las personas sobre las que

ejerce tal autoridad y fuerza pública. Por esto, si se actúa de forma fiduciaria, se actúa conforme a obligaciones que protegen la dignidad de los sujetos como beneficiarios de la acción. Los poderes soberanos del Estado, poderes discrecionales sobre partes que no lo pueden ejercer, hace surgir las obligaciones fiduciarias. Veamos cómo se podría conectar esto con los desarrollos del Derecho Internacional sobre pueblos indígenas.

IV. Avances del Derecho Internacional

El Derecho Internacional ha incorporado progresivamente obligaciones de los Estados respecto a la protección de los pueblos indígenas. Siendo estos instrumentos plenamente conocidos, nos limitamos a recordar lo esencial para estos efectos:

- **El Convenio 169 de la OIT** de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en su Parte II, artículos 13 al 19, regula los territorios de los pueblos. Tiene como disposiciones relevantes respecto a la propiedad de territorios: ‘Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan’ (art. 14). O ‘En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras’ -art. 15 (2)-. Con la previsión en los artículos 6, 15, 17, 22, 27 y 28 de las distintas hipótesis en las cuales debe ser aplicada la consulta previa libre e informada en casos

21 FOX-DECENT, Evan, “The Fiduciary Nature of State Legal Authority”, *Queen’s Law Journal*, Vol. 31, 2005, pp. 259-260.

22 Ídem.

donde se prevén medidas susceptibles de afectarlas.

- **La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas** de 2007, aunque no es formalmente vinculante al no ser un tratado, podría asentar en el futuro una costumbre internacional. Incluye disposiciones como derechos de libre autodeterminación (arts. 3 y 4), derecho a la conservación y reforzamiento de sus instituciones (arts. 5 y 8), derechos generales de participación en cuestiones que afecten sus derechos (art. 18) entre otras. Respecto a la protección jurídica de sus tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído o utilizado (art. 26), y particularmente el artículo 32 (2) dispone sobre el deber de consulta: «Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo».
- **Sentencias de Tribunales Internacionales**, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La jurisprudencia de la CIDH establecida en los casos: Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005), Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007), Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador (2012) ha contribuido con su interpretación expansiva del derecho de propiedad garantizado en la Convención Americana, al incluir a la propiedad de las comunidades indígenas en la protección de la misma, así como a la relevancia de la consulta previa, libre e informada. Como extremos relevantes, podemos indicar el

caso de Saramaka donde se estableció que: «conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los Saramaka respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción [...] no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal» (p.128). O en el caso *Sarayaku*: «El Estado, al no consultar al Pueblo Sarayaku sobre la ejecución del proyecto que impactaría directamente en su territorio, incumplió sus obligaciones, conforme a los principios del derecho internacional y su propio derecho interno, de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que Sarayaku participara a través de sus propias instituciones y mecanismos y de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que incidían o podían incidir en su territorio, vida e identidad cultural y social, afectando sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural» (p. 232).

- Adicionalmente, los Informes del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en diversos países y casos conflictivos, son elementos muy trascendentes para comprender conflictos concretos y sus recomendaciones enriquecen la formación y el alcance normativo de estos instrumentos.

Es bastante evidente que a través de estos instrumentos se está generando una nueva etapa en las relaciones de Estados con Pueblos Indígenas, una aproximación basada en derechos explícitamente reconocidos. Las cuestiones relativas a la autodeterminación, los derechos de participación, las obligaciones de consulta, propiedad, están siendo abordadas. Las obligaciones de consultar y de justificar

la proporcionalidad de las medidas resultan fortalecidas. La idea del consentimiento libre, previo e informado es establecida de cara a los Estados; y estos deben adaptar sus prácticas y derecho interno al DI.

¿Puede conectarse la concepción de obligaciones fiduciarias del Estado con las obligaciones previstas en el Derecho Internacional? Pensamos que sí. Quizá la relación puede ‘interpretarse’, desde esta aproximación, en términos de que el Derecho Internacional es la expresión positivizada de esta relación fiduciaria. Son equivalentes en el sentido de que: i) limitan la discrecionalidad y soberanía absoluta del Estado; ii) consideran la singularidad de los pueblos indígenas en cuanto a una situación de vulnerabilidad; iii) establecen obligaciones positivas de protección, diligencia y trato justo, a efectos de proteger los intereses de una tercera parte; iv) el cumplimiento de estas obligaciones es controlable ante tribunales nacionales e internacionales donde se puede residenciar la actuación de los Estados; v) el incumplimiento de las obligaciones genera responsabilidad y es susceptible de recibir condenas de reparación por los daños que se pudieran causar.

Una vez establecido el desarrollo del Derecho Internacional, conjuntamente con el marco conceptual de las obligaciones fiduciarias, intentaremos conectar ambos centrándonos en el caso peruano.

V. Obligaciones Fiduciarias respecto a los Pueblos Indígenas

Finalmente, el propósito de esta exploración consiste en razonar sobre si las obligaciones fiduciarias serían un marco suficiente para lograr armonizar los intereses en pugna.

Como señalamos antes, desde antaño el Estado Peruano siguió una política de extrac-

ción básicamente en el entendido de que o bien efectuaba de forma directa en la época de las empresas públicas, u otorgaba concesiones a privados en los territorios donde se encontraban los recursos. Jurídicamente esto procedía en el invariable entendido constitucional de que «Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal» (art. 66 de la Constitución de la República del Perú).²³ En todo caso, eran manifestaciones del *imperium* del Estado. La protección de las tierras de las comunidades campesinas y nativas eran proclamaciones formales en textos normativos, pero no aplicables debido a la ausencia de titulaciones de propiedad modernas y, sobre todo, esta precariedad en los títulos dio lugar a todo tipo de desconocimientos de derechos e imposición de actividades de explotación directa de recursos existentes. Esto sin considerar que estas actividades dejaron una contaminación grave tanto en el medioambiente como en las personas.²⁴

23 Esta regla se encuentra repetida de la Constitución de 1979: ‘Artículo 118.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía, pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares.’ La Constitución de 1933 lo reconoció, aunque con otros matices. ‘Artículo 37.- Las minas, tierras, bosques, aguas y, en general, todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares.’

24 Para una descripción más completa de estos sucesos, consideramos como fuente suficientemente documentada y objetiva de la situación peruana: *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con*

Jurídicamente, la consulta previa fue instalada por Ley No. 29785, Ley del Derecho a la Consulta Previa de los Pueblos Indígenas u Originarios de septiembre de 2011. Antes de ello, a su turno el Tribunal Constitucional había reconocido en la STC No. 022-2009-PI/TC y STC 05427-2009-AC/TC que el Congreso debía emitir tal legislación de consulta previa. Una vez emitida, quizá lo más particular se encuentra en su Artículo 15°: ‘La decisión final sobre la aprobación de la medida legislativa o administrativa corresponde a la entidad estatal competente’, reservando las decisiones finales sobre la misma. Sin embargo, hoy en día el gran problema es su implementación efectiva. El Informe del Relator Especial lo documenta en las págs. 4 y 11.

Ahora bien, en lo que corresponde al objetivo y preguntas de investigación, consideramos que esto puede ser respondido atendiendo a algunas consideraciones fundamentales:

- Respecto de las concesiones, consideramos que el Estado cometió un error al no tener los procedimientos adecuados para acomodar los intereses en conflicto. Del lado de los inversionistas, esto es visto como que la ‘licencia social’ para realizar actividades de extracción resulta innecesaria o un agravio a la soberanía del Estado. Sin embargo, a la postre se ha visto cómo en contextos de hostilidad y desconfianza, los proyectos se tornan inviables.
- El establecimiento de la consulta previa fue un paso clave para la protección de los pueblos indígenas. El reto es una implementación efectiva.
- Para una efectiva implementación de la misma, somos de la opinión que el Estado debería asumir una posición de fiduciario

en el sentido expuesto en las secciones II y III. La posición de fiduciario responde a un rol activo del Estado en la gestión de los asuntos y territorios ancestrales.

- ¿Sería necesaria tal posición cuando las obligaciones internacionales han sido parcial y formalmente incorporadas en la legislación nacional? Consideramos que sí en la medida que una posición de fiduciario es más amplia y profunda que el solo acatamiento de obligaciones internacionales. En tal sentido, consideramos que la posición de fiduciario debería dar lugar a una nueva forma de relacionamiento Estado-Pueblos Indígenas.
- Como indicamos en la introducción, esta posición sería de particular interés para el caso del Perú, en tanto hoy en día existen posiciones que abogan por (1) la vía de establecer derechos de propiedad individuales a los pueblos indígenas, que puedan ser libremente transferibles, acompañado de una formalización y facilitación a las industrias extractivas en una lógica de abstención del Estado, contra (2) posiciones que abogan por un rol activo del Estado, tanto respecto a su relación con los pueblos indígenas y el medio ambiente, concretamente vinculados a la consulta previa, el consentimiento, diálogo, y restricción de las facultades expropiatorias, administrativas y discrecionales del Estado, para lo cual la doctrina del papel fiduciario del Estado puede aportar soluciones.
- Desde tal punto de vista, las posiciones que defienden que el conflicto se resuelva vía titulaciones de propiedad y transferencias libres, no nos parece lo suficientemente completa. Resolver este conflicto con la utilización del Derecho Privado no parece que pueda considerar las complejidades del mismo.

las industrias extractivas. A/HRC/27/52/Add.3. pp. 36. 7 de mayo de 2014.



- Veamos la opción (1). Esta opción pasaría por considerar que los pueblos tienen reclamos de derechos individuales y que buscan individualizar propiedades, a fin de que puedan ser empleadas con mayor facilidad. La misma estaría en conexión con la posibilidad de que los propios pueblos participen de la explotación de recursos naturales. Sin embargo, más que resolver la evidente cuestión de si los pueblos deben participar en los beneficios de estas actividades (asunto que creo nadie niega), lo relevante es determinar en qué 'términos y condiciones' debe efectuarse ello.
- Alguna evidencia puede consistir en que la abstención del Estado no es una garantía de protección o reducción del conflicto, sino que el mismo se puede agravar. En el Perú existe un grave problema con la minería informal. La minería informal, que es ejecutada en parte por jóvenes campesinos o por personas que salen de comunidades indígenas, (y que, en el fondo, constituyen 'iniciativas' que representan un anhelo de salir de la pobreza y exclusión económica) se desarrolla tanto en territorios de los Andes y la Amazonía, en general con la ayuda de financistas ajenos a las comunidades, es la prueba de que incluso dejar en manos de los privados el conflicto sólo genera consecuencias y externalidades negativas en otros de los bienes como el medioambiente y la preservación de la diversidad y riqueza natural.
- Si campesinos pobres o jóvenes indígenas realizan esta actividad dentro de áreas protegidas, ¿cómo reaccionar? Es decir, ¿si integrantes de los pueblos indígenas atentan contra el mismo entorno natural? En tal caso quedaría el medioambiente saludable como un interés que el fiduciario debe cautelar. Puede afirmarse que esto ha sido posible gracias a la pasividad, olvido y abstención del Estado en tales territorios. Precisamente aquello que no *puede ni debe* realizar un fiduciario.
- Así, se pasaría de una lógica de protección de recursos naturales para conservar un tipo de vida tradicional, a un escenario de relación con recursos naturales para la explotación. Pero ahí igualmente el Estado tendría un rol de fiduciario.
- Consideramos, en cambio, que los reclamos colectivos de los pueblos indígenas sólo pueden resolverse en *términos colectivos*. Los remedios individuales para casos de conflictos de industrias colectivas, tales como la adquisición de propiedades, otorgamiento de compensaciones por uso o usufructo de territorios, o concesión de indemnizaciones por daños a la salud o pérdida de ingresos de negocios tradicionales producto de contaminaciones ambientales, no nos parecen remedios que cumplan con el rol del fiduciario. Es más: a nuestro juicio, los remedios individuales fomentan indirectamente la desintegración de las comunidades al priorizar el beneficio o la salida individual del conflicto, frente a reclamos que son en buena parte colectivos, tales como la integridad de territorios, respeto al medioambiente, protección de la identidad y formas de vida. Cada uno puede estar de acuerdo o en desacuerdo con que *deban* existir tales reclamos, pero son los que motivan las protestas.
- Los actos del Estado sobre territorios de pueblos indígenas no deben ser visto como actos de *imperium* regidos por el Derecho Administrativo, sino actos en los que los beneficiarios de las obligaciones fiduciarias deben ser tomados en cuenta. ¿Esto significaría una prohibición del Estado de desarrollar proyectos de extracción? No necesariamente. Significa que el Esta-

do debe cambiar su forma de acción. Una forma de hacerlo es primero generar las condiciones para que las inversiones sean viables, cumplir con las obligaciones internacionales sobre consultas previas, libres e informadas, y esa practicabilidad abarca ampliar las consideraciones a ser tomadas en cuenta.

- Lo anterior nos conduce a la inevitable conclusión de que la posición del Fiduciario debe velar constantemente por la acomodación de intereses a efectos de que sea posible un balance adecuado. Esto es, creando condiciones para que la confianza prevalezca, y actuar de forma transparente y leal, así eso implique el retraso de un proyecto, su replanteamiento, o incluso, cuando objetivamente sea imposible ejecutar alguno, estar dispuesto a no hacerlo cuando su costo sea elevado o impracticable.
- Incluso una mayor cautela y diligencia en el proceder del Estado le evitaría estar expuesto a demandas internacionales por inversiones frustradas. En la medida que no existan derechos legalmente concedidos y estables, no podrían entablarse reclamos sobre cualquier frustración de expectativas o invocación de daños patrimoniales.
- Es claro que con estas obligaciones la soberanía del Estado queda restringida,

pero estimamos que es correcto que esto sea así en la medida que el Estado debe servir a los que están bajo su poder. El Derecho Internacional ha constatado un serio problema en la relación entre Estados y los pueblos indígenas, como colectivos de peculiares situaciones. A nuestro juicio, en el núcleo de estas obligaciones están de por medio también la protección de la identidad y la protección del medioambiente.

- En general las obligaciones internacionales resultan más extensas respecto a los pueblos indígenas que sobre ciudadanos que, por ejemplo, pueden estar sometidos a facultades expropiatorias del Estado y ser privados de sus propiedades mediante procedimientos que no impliquen tal intensidad de carga de justificación y obligaciones de actividad para el Estado. Esta diferenciación, jurídicamente establecida, puede encontrarse motivada por la situación de particular vulnerabilidad que han atravesado. Se dan en un contexto de relaciones singularmente asimétricas. En tal sentido, la posición del fiduciario debe perder su aspecto paternalista, y convertirse en una forma de aseguramiento de derechos. La posición fiduciaria nos aporta entonces criterios de juicio y acción para una reconciliación pendiente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANAYA, James, *Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en Perú, en relación con las industrias extractivas*. A/HRC/27/52/Add.3, pp. 36, 7 de mayo de 2014.

Enciclopedia Jurídica Básica, Editorial Civitas, Madrid, Tomo III, 1995, pp. 4407- 4408.

FOX-DECENT, Evan, “Fashioning Legal Authority from Power: The Crown-Native Fiduciary Relationship”, *New Zealand Journal of Public and International Law*, Vol. 4, 2006, pp. 91-116.

FOX-DECENT, Evan, “The Fiduciary Nature of State Legal Authority”, *Queen’s Law Journal*, Vol. 31, 2005, pp. 259-260.

FOX-DECENT, Evan y CRIDDLE, Evan J. A “Fiduciary Theory of Jus Cogens”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 34, 2009, p. 349.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, Dykinson, 3ra. ed., Madrid, 1990.

HANSMANN, Henry y MATTEI, Ugo, “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review*. No. 73, 1998, p. 456.

HURLEY, Mary, “The Crown’s Fiduciary Relationship with Aboriginal Peoples”. Parliamentary Research Branch, Library of Parliament, 2002. Disponible en: <http://publications.gc.ca/site/archivee-archived.html?url=http://publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/PRB-e/PRB0009-e.pdf>. Revisado el 15/5/2018.

HUDSON, Alastair, *Equity & Trusts*, Cavendish Publishing, Londres, 2005, p. 35.

INSTITUTO GEOLÓGICO MINERO Y METALÚRGICO - INGEMMET, *Atlas Catastral Minero y Geológico*, 2016. Disponible en: <http://www.ingemmet.gob.pe/atlas-catastral-minero>. Revisado el 15/5/2018.

Dictionary of Law, Ed. Elizabeth Martin, Oxford University Press, Oxford, 1997.

LUPOI, Mauricio, *Trusts: A Comparative Study*, The Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 379.

Sentencias

Corte Suprema de Canadá

Guerin v The Queen [1984] 2 SCR 335.

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075, 1077.

British Columbia v. Haida Nation (Minister of Forests), [2004] 3 S.C.R. 511CIDH.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005).

Pueblo Saramaka vs. Surinam (2007).

Pueblo Indígena Sarayaku vs. Ecuador (2012).

Tribunal Constitucional del Perú STC No. 022-2009-PI/TC y STC 05427-2009-AC/TC.