

Los desencuentros entre cultura y comercio: las tierras sagradas

Por Jorge Sánchez Cordero

El otorgamiento de concesiones mineras en tierras sagradas de comunidades indígenas ha suscitado tensiones sociales fácilmente imaginables debido a que esas tierras tienen una gran carga religiosa y cultural.



Malka Khota, Bolivia. Daños ambientales y tensión social. Foto: Google maps

OPINIÓN

Por Jorge Sánchez Cordero

jueves, 20 de julio de 2023 · 16:33

Ciudad de México (Proceso).-- La cultura embebe valores, ideas y tradiciones propios de los grupos sociales y que determinan su conducta. A su vez el legado cultural revela la trascendencia de estos elementos, asegura su transmisión de generación en generación, y de esta manera epitoma el valor máspreciado de todo grupo, comunidad o nación: su identidad cultural.

La premisa anterior legitima el interés público respecto de la salvaguarda del patrimonio cultural por parte del Estado; más aún, traspone en el ámbito doméstico el interés público de la comunidad internacional. La consecuencia es evidente: la salvaguarda del legado cultural instila en el cuerpo social la resiliencia indispensable para afrontar metamorfosis sociales y económicas.

La complejidad del orden internacional obedece a las diferentes fuerzas que actúan en la arena universal; ello explica el hecho de que el ensamble del comercio con la cultura haya transitado por múltiples vías, con resultados muy diversos. Se trata prima facie de órdenes jurídicos excluyentes, cuyo principio informador es sustancialmente distinto.

Una de las fuerzas motrices claramente identificadas es la relativa a la inversión extranjera (IE) que ha prevalecido en el orden internacional y que exige en el ámbito doméstico la adopción de un régimen de legalidad específico, cuya característica cardinal es su primacía por sobre cualquier otra especificidad, entre otras la cultural.

Con el evidente propósito de edificar un adarve, el orden internacional estructura sus propias instancias de solución de controversias y ha creado reglas ad hoc para la IE, lo que ha configurado la internacionalización de la jurisdicción, una de cuyas características primarias es su sustracción de cualquier competencia doméstica.

El reclamo perenne de la IE es que la política cultural del Estado transgrede recurrentemente las reglas propias de la IE; para ello el orden internacional les ha conferido a las instancias jurisdiccionales transnacionales el imperium necesario para resolver la irrupción de la regulación cultural del Estado en los intereses privados inversionistas.

Las controversias

Una de las singularidades de la IE en el crepúsculo del siglo XX y en el umbral del XXI ha sido su participación en la explotación de recursos minerales, que en gran medida se ubican en las tierras sagradas de las comunidades indígenas. El otorgamiento de concesiones mineras ha suscitado tensiones sociales fácilmente imaginables provenientes de la incursión de la IE en esas tierras, que tienen una gran carga religiosa y cultural.



Minería en comunidades indígenas. Efectos ambientales y culturales./ Foto:
<https://www.tlachinollan.org/>

Estados Unidos

Glamis Gold, una inversora canadiense, demandó al gobierno de los Estados Unidos conforme al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), sustituido por el Tratado Comercial entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), con el argumento de que ese país no estaba cumpliendo con el trato justo y equitativo que preveía el Capítulo XI del TLCAN.

El gobierno estadounidense impidió las labores de la mina ubicada en el Valle Imperial, al sur de California, donde se localizan las tierras sagradas de la comunidad Quechan o Yuma, porque había identificado daños ambientales irreversibles provocados por la compañía canadiense (Glasmiss Gold, v. United States of America). Esa comunidad se encuentra asentada en la reserva indígena de Fort Yuma, próxima a la frontera mexicana, en la

parte baja del río Colorado, en los estados de Arizona y California; de hecho tiene asentamientos en ambos lados de la frontera.

Según el alegato de Glamis Gold, la acción en su contra equivalía a una expropiación. Por ello exigió el pago de una compensación económica, tal como lo planteaba el precedente que supuso la condena a México por su negativa al desarrollo de un confinamiento de residuos peligrosos en el Valle de La Pedrera, municipio de Guadalcázar, en San Luis Potosí (Metalclad v. United Mexican States. ICSID Case No. ARB [AF] /97/1).



Reserva Fort Yuma. Batalla legal./ Foto:

<https://www.quechantribe.com>

La comunidad Quechan compareció en el panel de arbitraje a través de un amicus curiae, con argumentos culturales de una gran solidez; sostuvo que conforme a la Constitución estadounidense se le reconoce como un gobierno soberano cuyo Concejo tribal es el único legitimado para alegar en su favor. Con este amicus curiae exigió que se le reconociera plenamente y el respeto irrestricto a sus tierras sagradas.

El proyecto minero conllevaba, pues, una sensible alteración de la integridad del área sagrada, de las tradiciones y valores comunitarios y del vínculo de espiritualidad de los Quechan. Más grave aún, era una virtual profanación que amenazaba gravemente su libertad religiosa en el Valle Imperial, territorio poseído por la comunidad desde tiempos ancestrales. Ésta adujo que el criterio de trato justo y equitativo dispuesto por el TLCAN debía ser consistente con el derecho internacional consuetudinario; criterio que lamentablemente abandonó el T-MEC.

El laudo del panel de arbitraje fue contrario a Glamis Gold, y en él se ponderó con pulcritud la argumentación cultural de los Quechan. No debe soslayarse que en su planeación urbana el estado de California ha sido particularmente escrupuloso en respetar los entornos sagrados indígenas.

Bolivia

Otra minera canadiense demandó a Bolivia por una pretendida expropiación de diez concesiones mineras en el poblado de Malku Khota, en la provincia de Potosí, cercana al Lago Titicaca (precedente South American Silver Limited [SAS] v. Bolivia). El argumento fue que se había transgredido el Convenio sobre Fomento y Protección a las Inversiones de Capital, suscrito entre Reino Unido e Irlanda del Norte y Bolivia, en vigor desde enero de 1990.

SAS exigió la restitución de sus derechos o una justa compensación, y señaló que el responsable de este suceso era el Estado boliviano y no la comunidad Aimara, asentada en las inmediaciones del poblado Malku Khota desde tiempos inmemoriales.

Los aimara reivindican Malku Khota como tierra sagrada y consideran que ellos deben ser los beneficiarios de las riquezas minerales de los Andes. Así, la medida de revocación se fundamenta en que el proyecto minero de SAS es contrario a las creencias ancestrales indígenas, además de que pone en riesgo el equilibrio ecológico indispensable para la sobrevivencia comunitaria. Más todavía, los Aimara expusieron que sus derechos culturales

deben prevalecer por sobre los intereses privados de los inversionistas extranjeros.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sido categórica al decidir que la aplicación de los tratados bilaterales no justifica la transgresión de la Convención Americana de Derechos Humanos, que tiene efectos erga omnes (Comunidad Indígena Sawhoyamaxav. Paraguay).

Bolivia sostuvo que la revocación era procedente para restaurar el orden público en un área protegida por los derechos culturales de las comunidades indígenas, y para ello recurrió al precedente de la sentencia de su Tribunal Constitucional según la cual este país no solamente considera a las comunidades indígenas por sus diferentes culturas, sino también por su estatuto de naciones. La constitución boliviana dispone que estas comunidades tienen su propia historia, lengua y cultura diferenciadas, y la capacidad necesaria para determinar su propio destino.

Un laudo arbitral de agosto del 2018 condenó a Bolivia al pago de una indemnización, ya que el panel de arbitraje juzgó que la revocación de las concesiones mineras equivalía a una expropiación. Sin embargo, dejó en claro que al Estado le asiste la decisión soberana de expropiar, máxime si con ello busca desactivar un conflicto social grave y prolongado, propiciado en este caso por SAS, y que por tal motivo se satisfizo la causa de utilidad pública.

A ello habría que agregar que Bolivia, conforme al laudo, no había transgredido la obligación de darle a la inversión de SAS un trato justo y equitativo, pues aseguró plenamente la protección y la seguridad de la inversión. Igualmente, el panel consideró que Bolivia no había adoptado medidas arbitrarias o discriminatorias que hubieran obstaculizado el uso y goce de la inversión.

Perú

Canadá y Perú firmaron un tratado de libre comercio (FTA por sus siglas en inglés) que se encuentra en vigor desde 2008. Con base en éste se inició el

proyecto minero de plata llamado Santa Ana (en la actualidad conocido como Área de No Admisión de Petitorios Mineros ANAP AJARUNI), en la Provincia Chucuito, región de Puno que se ubica al sur de Perú, en la colindancia con Bolivia.

Conforme a la legislación peruana, los extranjeros solamente pueden explotar recursos mineros fronterizos si se les concede la autorización de necesidad pública; éste fue el caso de la compañía canadiense Bear Creek Mining Corporation (Bear Creek), que recibió las concesiones para la extracción de plata en Santa Ana. El proyecto iba a desarrollarse principalmente en el cerro Apu Khapia, que tiene un carácter sagrado y una plétora de leyendas de la cultura aimara en torno a él.

Las concesiones generaron turbulencias sociales encabezadas por el Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno y la Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (Conacami). La zozobra de los indígenas de la región tenía que ver con el riesgo de que las vías fluviales, incluido el Lago Titicaca, resultarían contaminadas, lo que acarrearía serias afectaciones a la pesca y la agricultura.

Las protestas sociales se expandieron por todo Perú y las huelgas nacionales obligaron al gobierno a retirarle a Bear Creek las concesiones mediante el decreto supremo 032-2011-EM; también le revocó el estatus de necesidad pública, con lo que la inhabilitó para continuar con el proyecto. La compañía demandó al gobierno peruano por daños y perjuicios en un panel de arbitraje previsto por el FTA.

En un célebre *amicus curiae* admitido por ese órgano jurisdiccional se puntualizó que Bear Creek había sido omisa en comprender a cabalidad la cultura aimara y pensado equivocadamente que con fútiles promesas podía ignorar las reivindicaciones indígenas. Con ello frustró la obtención de la licencia social indispensable para ejecutar un proyecto de esta magnitud.

La comunidad aimara tiene vínculos íntimos con la Pacha Mama (Madre Tierra) y se le considera custodia de esa región montañosa. El proyecto

perturbaría el paisaje natural, así como la integridad de los territorios, los santuarios y la cultura aimara.

El laudo arbitral benefició a Bear Creek, al considerar que había satisfecho la legalidad peruana y los acuerdos de libre comercio. Argumentó que aun cuando la revocación era indispensable por la gravedad de las protestas sociales, equivalía a una virtual expropiación, por la que debían pagarse los daños y perjuicios correspondientes.

El voto disidente de Philippe Sands empero es egregio; sostuvo que este proyecto minero fracasó debido a la inhabilidad de Bear Creek para obtener la licencia social de las comunidades indígenas afectadas. Algo aún más comprometedor fue el hecho de que la compañía había defraudado la confianza de la comunidad aimara. La conclusión de Sands es lapidaria: el FTA no es una póliza de seguro que cubre la inhabilidad del inversionista para la obtención de la licencia social.



Perú. Protestas./ Foto: <https://ejatlas.org/conflict/>
Panamá

En octubre de 1982 Panamá y los Estados Unidos firmaron el Convenio sobre el Trato y Protección de la Inversión entre las Partes, que fue modificado por el Protocolo de junio de 2000. De acuerdo con ese instrumento la solución de controversias debe someterse al Convenio Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI por sus siglas en español), auspiciado por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Su órgano operativo es el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID por sus siglas en inglés).

A finales de 2006 la compañía estadounidense Dominion Minerals Corp. (DM) se interesó en el complejo cuprífero del Cerro Chorcha, cerca de la frontera con Costa Rica; para ello adquirió la totalidad del capital accionario de la sociedad panameña Cuprum Resources Corp., con lo cual se agenció la titularidad del contrato minero de origen 006, de febrero de 2006.

En febrero de 2011 Panamá aprobó, por primera vez en su historia, una ley que permitía a compañías propiedad de gobiernos extranjeros desarrollar proyectos mineros. Las protestas de las comunidades indígenas florecieron de inmediato ante el temor de que sus tierras ancestrales fueran objeto de concesiones. La comunidad indígena Ngöbe-Bugle encabezó violentas manifestaciones y paralizó las carreteras panameñas.

Los esfuerzos gubernamentales para contener esas protestas fueron insuficientes, y en marzo de 2011 Panamá tuvo que promulgar una nueva ley que derogó la anterior; además, en 2012 emitió un decreto que ordenaba una moratoria de toda actividad minera en las regiones semiautónomas de la comunidad indígena Ngäbe Buglé, que incluía el Cerro Chorcha, y revocó todas las concesiones mineras existentes. Ya con anterioridad, en abril de 2010, el gobierno se había visto obligado a decretar el Cerro Chorcha como reserva mineral, y con ello inhabilitó la concesión conferida a DM.

DM demandó a Panamá ante el ICISID por daños y perjuicios a raíz de esa virtual expropiación (Dominion Minerals Corp Claimant v. The Republic of Panama. Case No. ARB/16/13). En noviembre de 2020 el país centroamericano fue condenando al pago de una indemnización; el caso se

encuentra aún en proceso de revisión. En sus laudos, circundados por una terminante opacidad, el ICISID ha sido recurrentemente omiso en cuanto a la ponderación del elemento cultural.

Colombia

La Constitución Política de Colombia de 1991 determina la obligación del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente, así como de conservar las áreas de importancia ecológica. También dispone que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de los grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico y los demás bienes que indique la ley secundaria, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Esta Constitución introduce un novedoso concepto, que es el de la inherente función ecológica de la propiedad.

Colombia y los Estados Unidos firmaron un Acuerdo de Promoción Comercial (TPA por sus siglas en inglés), en vigor desde mayo de 2012.

En respuesta a una petición de la comunidad Yaigojé Apaporis realizada en marzo del 2008, el Estado colombiano creó el Parque Nacional Natural del mismo nombre en octubre de 2009. Éste colinda con el Departamento del Amazonas, en la parte baja del río Apaporis, que coincide con el asiento de esa comunidad indígena, con el objetivo de fortalecer los mecanismos de protección y conservación integral de su territorio, así como los valores culturales materiales e inmateriales de los pueblos indígenas.

En julio de 2007 el canadiense Andrés Rendle, quien supuestamente actuaba en representación de la sociedad Tobie Mining and Energy Inc., radicó una propuesta de contrato de concesión minera para una zona ubicada en el Taraira Sur, Bajo Apaporis, en el Departamento de Vaupés. Después, Tobie le cedió sus derechos a las sociedades Cosigo Resources Ltd. y Cosigo Resources Sucursal Colombia Inc. A juicio de éstas, la declaratoria respecto del Parque Nacional equivale a una expropiación, lo que motivó que recurrieran al panel de arbitraje previsto por el TPA. Colombia niega todos los cargos, y esta controversia se encuentra aún sub iudice.

Epílogo

Diferendos como los expuestos tienen un claro impacto en la gobernanza cultural, en la legislaciones internacional y doméstica de inversión extranjera, en los derechos humanos y en el derecho internacional en su conjunto.

Los arbitrajes en materia de IE se encuentran cada vez más expuestos a la narrativa cultural; de manera específica, a tensiones sociales y culturales de las que es difícil sustraerse. Si bien los paneles de arbitraje no están obligados a considerar los *amici curiae* culturales, éstos se presentan con gran frecuencia y resulta complicado eludirlos.

En el caso de México, la legislación nacional es totalmente omisa respecto a las tierras sagradas. La Ley General de Asentamientos Humanos, aprobada por el Congreso con una premura insólita, no contiene una sola referencia a ellas (Diario Oficial de la Federación del 28 de noviembre de 2016).

Las contradicciones jurídicas internas entre la legislación de inversiones extranjeras y la cultural son, por decir lo menos, inquietantes, máxime si se considera que México es parte del CIADI (DOF del 24 de agosto de 2018).

...

Doctor en derecho por la Universidad Panthéon-Assas.