

Derechos indígenas, comercio internacional e inversión extranjera

Indigenous Rights in International Trade

Fausto KUBLI-GARCÍA*

RESUMEN: En el marco de las conferencias de Bretton Woods de 1944 se propuso la facilitación del crecimiento del comercio mundial, lo que podríamos señalar como el inicio de un proceso de integración económica sin precedentes. En la actualidad no hay ninguna economía que no tenga comercio exterior. El enorme crecimiento económico basado en la producción de mercancías y servicios, los regímenes de la propiedad intelectual y la recepción de la inversión extranjera contrastan con los bajos índices de desarrollo humano, el nulo acceso a los derechos sociales (salud, educación) y la marginación acompañada de discriminación a los pueblos indígenas. El preocupante estatus actual de los pueblos indígenas es un continuum del proceso histórico de colonización, de opresión y de constante lucha reivindicatoria desde varios frentes. En el ámbito del derecho internacional han habido multilateralmente esfuerzos notables para crear un régimen jurídico que tutele los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, tradicionalmente los acuerdos comerciales se habían ceñido a la regulación de cuestiones netamente económicas, teniendo una visión reduccionista. No obstante a lo anterior, en los últimos años la regulación comercial regional ha dado un giro importante, no solo

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor de carrera de la Facultad de Derecho, UNAM. Orcid: 0000-0002-5091-4164. Contacto: <fkublig@derecho.unam.mx>. Fecha de recepción: 30/03/2022. Fecha de aprobación: 18/05/2022.

reconociendo materias distintas al comercio, sino también creando un orden jurídico con preocupaciones ambientales, laborales y por supuesto los derechos indígenas.

PALABRAS CLAVE: derechos indígenas; comercio internacional; tratados internacionales; inversiones extranjeras; neoliberalismo.

ABSTRACT: Within the framework of the Bretton Woods conferences of 1944, the facilitation of the growth of world trade was proposed, which we could point to as the beginning of an unprecedented economic integration process. Currently there is no economy that does not have foreign trade. The enormous economic growth based on the production of goods and services, the intellectual property regimes and the reception of foreign investment contrast with the low rates of human development, the lack of access to social rights (health, education) and the marginalization accompanied by discrimination against indigenous peoples. The worrying current status of indigenous peoples is a continuum of the historical process of colonization, oppression and constant struggle for claims on various fronts. In the field of international law, there have been notable multilateral efforts to create a legal regime that protects the rights of indigenous peoples. However, trade agreements have traditionally been limited to the regulation of purely economic issues, having a reductionist vision. Notwithstanding the foregoing, in recent years regional trade regulation has taken an important turn, not only recognizing matters other than trade, but also creating a legal order with environmental, labor and of course indigenous rights concerns.

KEYWORDS: Indigenous Rights; International Trade; International Treaties; Foreign Investments; Neo-liberalism.

I. INTRODUCCIÓN

El comercio internacional es el conjunto de políticas comerciales relacionadas con las economías nacionales en relación con las de los países que conforman el orbe. A la integración de economías se le ha denominado de distintas maneras: “globalización”, “mundialización”, “neoliberalismo”, “capitalismo”. En todo caso, el eje principal del comercio internacional reposa en la liberación económica de los países, lo que repercute en intercambios comerciales de mercancías, desplazamiento de servicios, protección de la propiedad intelectual y apertura a inversiones extranjeras.

Aunque siempre han existido relaciones comerciales transfronterizas, en los últimos 50 años su incremento ha sido significativo, al grado de cuestionar su pertinencia a la luz de los derechos humanos, en especial, en el caso que se aborda, los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Se reconocen nacional e internacionalmente una serie de derechos humanos –individuales y colectivos– relacionados con los pueblos indígenas, los cuales tienen la intención de proteger los elementos sociales, económicos, ambientales, culturales y políticos que circundan en el quehacer cotidiano de las comunidades. Una de las fuentes de estos derechos reposa en la franca desventaja en la que se encuentran los pueblos indígenas con respecto a otros sectores sociales. Es importante resaltar el proceso histórico en el que se fueron marcando las brechas del desarrollo a partir de las penetraciones sociales provocadas por la política expansiva colonial, proveniente de las potencias, logrando la sumisión y luego la dominación de los pueblos indígenas.

Básicamente, existen cuatro factores comunes que pulen y decantan al derecho de los pueblos indígenas. En primer lugar, la sujeción colonial que se da a partir de los procesos de conquista; en segundo lugar, la continuidad histórica de las colectividades existentes previamente a la invasión o colonización; en tercer término, los factores *identitarios* que los distingue de la sociedad en

la que están inmersos; y por último, la preocupación por conservar y darle continuidad a su cultura.¹

Como una hipótesis, que creemos que se acredita en el cuerpo de este estudio, consideramos que tanto derechos indígenas como el orden jurídico del comercio internacional han evolucionado de manera separada y que en este momento han llegado a un punto de contacto. Aparentemente se trata de ramas distintas, con objetivos diferentes, sin embargo esto no es del todo preciso. Hoy en día, las normas sobre comercio exterior abordan temas que estaban en otro tiempo afuera de su campo. El comercio internacional se redefine en la Posguerra y en el plano multilateral, comienza con un modesto tratado sobre mercancías que pretendía eliminar los impuestos de importación; posteriormente, después de una negociación de ocho años (1986-1994) se robustece y obtiene mayor aceptación, el resultado es la creación de la Organización Mundial del Comercio y la regulación de mercancías, servicios y propiedad intelectual.

Por su parte, la evolución del comercio exterior en la dimensión regional ha tendido una evolución más notable. Los tratados de libre comercio comenzaron a tener cláusulas de respeto a los derechos humanos y a la democracia; de igual manera, como en el caso del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, hubo acuerdos paralelos de cooperación ambiental y laboral. Hoy en día, en lo que podríamos llamar una nueva generación de tratados comerciales, se han incorporado, materias no netamente comerciales, pero con efectos en el comercio. Así, al día de hoy, existen en acuerdos regionales disposiciones sobre ambiente, trabajo, rendición de cuentas, mejora regulatoria, responsabilidad social corporativa y, por supuesto, derechos indígenas.

Por otro lado, el orden jurídico internacional en materia indígena, también ha tenido una evolución considerable. Los países

¹ KEAL, Paul, *European Conquest and the Rights of the Indigenous People. The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge University Press, 2003, p. 7. DOI <<https://doi.org/10.1017/CBO9780511491467>>.

han reconocido los estándares internacionales tales como la participación de las comunidades, los procesos de consulta, la protección de las distintas culturas, incluyendo las expresiones artísticas, lingüísticas y por supuesto su relación y pertenencia con tierras, territorios y recursos.

El presente trabajo se ha elaborado a partir de un enfoque metodológico deductivo, además, se integran elementos teóricos y prácticos, en los que se aborda una problemática que consideramos de mucha relevancia. El Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Temas Indígenas, estima que en el mundo hay 370 millones de indígenas diseminados en 70 países,² por lo que nos dimos a la tarea de definir qué es un pueblo indígena; de igual manera, se aborda la temática relacionada con la fundamentación teórico-filosófica del derecho indígena a la luz de las teorías de Rawls y Kymlicka; por otro lado, se analizan las tensiones que existen entre los derechos indígenas y las instituciones del comercio internacional, así como los acuerdos comerciales que reconocen y regulan derechos indígenas, desde la perspectiva regional, con especial énfasis en el *Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá* (T-MEC); finalmente, se hace referencia a los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones que, como un estándar internacional aceptado, deben incluir el reconocimiento de los derechos indígenas, los cuales no pueden ser transgredidos por la instrumentación de inversiones extranjeras.

II. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

El propósito principal de este apartado es evidenciar algunas de las justificaciones teóricas que fundamentan a los derechos indí-

² Foro Permanente de Naciones Unidas sobre Temas Indígenas, *Who Are Indigenous Peoples?*, consultado en: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/5session_factsheet1.pdf> (10 de marzo de 2022)

genas. Desde varias perspectivas que no compartimos, los derechos indígenas son transgresores a la estructura del Estado y su soberanía. Aunque parezca increíble, esta discusión sigue dentro de la academia, es por esto que se deben fijar posturas que justifiquen la incorporación del orden jurídico indígena. Se argumenta que los derechos comunes de la ciudadanía son suficientes para garantizar el reconocimiento y respeto de los intereses culturales de los pueblos indígenas. Adicionalmente, se postula que el régimen del sistema universal de derechos humanos puede garantizar los derechos indígenas sin que exista un régimen específico.

Desde el punto de vista teórico-filosófico los derechos indígenas se enfrentan de manera crítica ante el liberalismo tradicional. La autodeterminación y el estatus jurídico especial de los pueblos indígenas producen tensiones con los principios liberales basados en el individualismo, la igualdad, el universalismo y la libertad. En este sentido, dicho estatus, aunado al trato especial que se desprende del conjunto de disposiciones jurídicas del derecho indígena, en apariencia, se opone a los principios emanados en la posguerra de que el derecho debe brindar el mismo trato sin diferencias basadas en la religión, las razas, preferencias, orientaciones.³

Sin embargo, el trato diferenciado y el reconocimiento de un régimen especial en materia indígena no necesariamente se enfrenta o antepone a las instituciones liberales. En este sentido, desde nuestra óptica, la extensa teoría del *liberalismo político* de Rawls puede integrar estos derechos sin que signifique violentar el entorno liberal.

De acuerdo con Rawls, su propuesta de liberalismo busca una concepción política de la justicia que se lograría con el apoyo de un consenso traslapado⁴. De la anterior idea, se desprenden varios

³ PATTON, Paul, “Philosophical foundations for indigenous economic and political rights”, en *International Journal of Social Economics*, vol. 46, 11, 2019, p. 1266. DOI <<https://doi.org/10.1108/IJSE-03-2019-0142>>.

⁴ RAWLS, John, *Liberalismo Político*, trad. Sergio René Madero Báez, México, FCE, 2013, p. 35.

elementos, los cuales sirven para justificar la existencia y alcance de los derechos indígenas. Básicamente las distintas visiones sociales, en ocasiones antagónicas y diversas, deben encontrar puntos de acuerdo para transitar a decisiones consensuadas. Inmersa en las distintas visiones, la idea de concepción política de la justicia hace referencia a la incorporación de principios y valores en las instituciones fundamentales, las cuales sustentadas en las distintas cosmovisiones sociales se legitiman. De acuerdo con el propio Rawls:

Por tanto, el foco de atención inicial de una concepción política de la justicia es el marco de las instituciones básicas y los principios, las normas y los preceptos que se aplican a ese marco, así como la forma en que han de expresarse esas normas en el carácter y en las posturas de los miembros de la sociedad que lleva a la práctica los ideales de dicha concepción.⁵

De esta manera, la concepción política de la justicia busca la imparcialidad aplicada, la cual se basa en las relaciones justas entre pueblos, quienes aceptan libremente los alcances y límites de este concepto. Cabe destacar, siguiendo con Rawls, que la concepción política de la justicia se nutre de visiones y doctrinas existentes, empero no es su vocación que pertenezca o se ciña específicamente a alguna de ellas. Se trata, más bien de un concepto práctico, funcional, más que teórico o doctrinario. En este orden de ideas, los derechos indígenas serían una visión más que nutriría la concepción política de la justicia.

Por su parte el profesor canadiense Will Kymlicka diseña su propio modelo teórico sobre derechos indígenas. Se trata del *multiculturalismo liberal* que podría ser el continente teórico que postula, el cual se encuentra asociado al *liberalismo igualitario* que sería el contenido. Por un lado, el *multiculturalismo* propone que las colectividades (grupos indígenas) tienen intereses legítimos vinculados a sus culturas, lenguas e identidad, por lo que el papel de las instituciones del poder público deben tomar en cuenta,

⁵ *Ibidem*, p. 36.

reconocer y proteger esos intereses. Por otro lado, desde la óptica del *liberalismo igualitario*, en el desempeño y eficacia de los derechos colectivos, legítimos por supuesto, se debe respetar la autonomía individual, la libre elección de su concepción de bienes (en el sentido axiológico) y tener la responsabilidad de asumir sus propias decisiones. Esto es que el *multiculturalismo* debe centrarse en la idea de mantener la igualdad de oportunidades de todos los grupos para que libremente se persigan los intereses culturales sin que exista ninguna imposición de mantener alguna identidad particular, o bien una manera de vida.⁶

Aunque la propuesta teórica de *multiculturalismo* de Kymlicka es incluyente y pretende que el Estado reconozca e integre los intereses culturales de los pueblos indígenas u otros grupos análogos, existen visiones que consideran que la asistencia particular a culturas debe extenderse a subculturas. Como subcultura se entiende a otros grupos humanos con determinada afinidad, tales como clubes de motociclistas, escaladores, hippies, porras deportivas.⁷ Sin embargo, para Kymlicka los derechos de las minorías, así como de los grupos étnicos se basan en las diferencias de grupos. Las fuentes de estos derechos son varias: en principio, las notorias desventajas, las cuales pueden rectificarse con una política de Estado incluyente basada en un orden jurídico específico que incorpore y asegure el acceso a sus derechos; de igual manera, hay argumentos históricos que sustentan la procedencia de este orden específico, como la existencia previa al Estado soberano de un orden particular, el cumplimiento de tratados o cualquier preceden-

⁶ KYMLICKA, Will, "Liberal Multiculturalism as a Political Theory of State-Minority Relations", en *Political Theory*, vol 46, núm. I, 2018, pp. 81-91. DOI <<https://doi.org/10.1177/0090591717696021>>.

⁷ DE VRIES, Bouke, "Is Multiculturalism Discriminatory?" en *Res Publica*, Vol. 26, 2020, pp. 201-214, consultada en la siguiente cibergrafía el 24 de enero de 2022, DOI <<https://doi.org/10.1007/s11158-019-09433-4>>.

te histórico; finalmente, la idea de valores culturales diversos, los cuales están vinculados a la igualdad y al proceso histórico.⁸

III. DEFINICIÓN DE PUEBLO INDÍGENA

Simultáneamente a *pueblo indígena* han habido varias referencias conceptuales: nativos, aborígenes, tribus, autóctonos, pueblos originarios. La ambigüedad y polivalencia del concepto *pueblo indígena* ha constituido un desafío para lograr consenso internacional y definir un término jurídico apropiado.⁹ Por lo que respecta a las legislaciones nacionales, dependiendo el caso, se han hecho varias definiciones de *pueblo indígena*, sin embargo, han sido de mucha utilidad como referencia los principios de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1995, los cuales establecen que para poder hacer una definición legal se deberá tomar en cuenta lo siguiente.

1. Prioridad en el tiempo con respecto a la ocupación y el uso de determinado territorio; 2. La perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; 3. La conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y 4. Una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.¹⁰

⁸ KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Clarendon Press-Oxford, 2004, pa. 107. DOI: <<https://doi.org/10.1093/0198290918.001.0001>>

⁹ STAVENHAGEN, Rodolfo, *The emergence of indigenous people*, México, Springer-El Colegio de México, 2013, p. 45.

¹⁰ DAES, Erica-Irene A., *Working paper on the concept of "indigenous people"/by the Chairperson/Rapporteur E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2*, Consejo

Además de los derechos humanos universales, que tiene toda persona, el catálogo de derechos indígenas puede agruparse en cinco categorías distintas, las cuales pueden incidir entre sí. En principio, los derechos relacionados con la *autodeterminación político-cultural*, esto es, la manera en que quieran organizarse, esto incluye la elección de sus representantes, su forma de gobierno y el respeto a sus usos y costumbres; otro grupo de derechos son aquellos relacionados con la *participación en la toma de decisiones*, es decir, derechos asociados a la gobernanza democrática, las consultas, la participación; en tercer lugar, los derechos relacionados con los *recursos naturales, la seguridad territorial*, los recursos genéticos y la protección del medio ambiente; en cuarto lugar, los derechos relacionados con el *ejercicio y la protección a la cultura*, el reconocimiento de sus expresiones, sus lenguas, así como el folclor y el conocimiento tradicional; y finalmente, un quinto conjunto relacionado con los derechos encaminados a generar *igualdad de oportunidades*, evitar la segregación y la discriminación.

IV. TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS INDÍGENAS.

En términos internacionales podríamos hacer referencia a un elenco de instrumentos jurídicos multilaterales, regionales, así como disposiciones aisladas en distintos tratados y convenciones que han delineado los estándares internacionales del derecho indígena. Al respecto podemos identificar tres conjuntos de tratados que incorporan derechos humanos de los pueblos indígenas: los que son formal y materialmente tratados sobre derechos indígenas; los que son de vocación ambiental, pero contienen varias disposiciones sobre derechos indígenas; y los que son propiamente tratados comerciales, pero que contienen disposiciones sobre derechos indígenas.

Económico y Social, Ginebra, 1996, p. 19.

En el primer conjunto se encuentran los convenios de la Organización Internacional del Trabajo,¹¹ los cuales marcaron rumbo hacia el desarrollo de estándares internacionales sobre esta materia y son el *Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales* de 1957 y el *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* de 1989. Por otro lado, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas aprobó en 2007 la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*,¹² cuyo texto viene a consolidar el orden jurídico internacional relacionado con los pueblos indígenas.

El segundo grupo de instrumentos internacionales que incorporan de manera directa e indirecta derechos indígenas los encontramos en el marco del *Convenio sobre la Diversidad Biológica*¹³ y sus acuerdos complementarios. En este tenor se ubica el *Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización*,¹⁴ asimismo, el *Protocolo de Cartagena sobre seguridad*

¹¹ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales* de 1957, núm. 107. Consultado en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107> (28 de octubre de 2021). *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* de 1989, núm. 169. Consultado en: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf> (28 de octubre de 2021)

¹² Aprobada por la resolución 61/295 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, consultado en: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf> (28 de octubre de 2021).

¹³ La *Convención sobre Diversidad Biológica* celebrada en Río de Janeiro en 1992 tuvo como resultado varios instrumentos sobre protección al medio ambiente, desarrollo sustentable y la repartición justa y equitativa de los recursos naturales. Consultada en: <<https://www.cbd.int/convention/>> (9 de noviembre de 2021)

¹⁴ *Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización*, adoptado

de la biotecnología,¹⁵ en especial en la parte relacionada con las consideraciones socioeconómicas.

Un tercer conjunto de instrumentos internacionales en los que se encuentran disposiciones sobre derechos indígenas son los acuerdos comerciales. Tradicionalmente los acuerdos comerciales multilaterales han excluido materias que no sean estrictamente comerciales. En una primera etapa, el comercio internacional regía solamente la compraventa internacional de mercancías; una segunda generación de tratados comerciales, incorporó las transacciones relacionadas con el comercio de servicios, la propiedad intelectual y las inversiones; aunque el foro multilateral de la Organización Mundial del Comercio no tiene ninguna disposición sobre derechos indígenas en sus tratados, desde los últimos años, hay una nueva generación de tratados internacionales comerciales regionales, que han incorporado materias que no son netamente comerciales, pero que si inciden en el comercio, como la protección del medio ambiente, el combate a la corrupción, la gobernanza democrática y los derechos indígenas.

en 2010 y entró en vigor en 2014. Texto del Protocolo en la página oficial consultada en: <<https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf>> (9 de noviembre de 2021)

¹⁵ *Protocolo de Cartagena sobre seguridad en la biotecnología*, adoptado en 2000 y entró en vigor en 2003. Texto del Protocolo en la página oficial consultada en: <<https://s3.amazonaws.com/bch.webfiles/17a4/a8b7/a3d352855dd615c28923851e?AWSAccessKeyId=AKIAT3JJQDEDD6EIMETR&Expires=1636509909&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%22cartagena-protocol-es.pdf%22&response-content-type=application%2Fpdf&Signature=J2k8bmHok%2B8n9GEmioHiajPbxAk%3D>> (9 de noviembre de 2021).

V. ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES Y DERECHOS INDÍGENAS

En este sentido, se encuentran el *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico* (TIPAT) y el *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*, (T-MEC) que vino a suplir al *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, los cuales hacen mención a los derechos indígenas.

Por su parte el TIPAT hace una mención en el Preámbulo relacionada con la importancia de promover los derechos indígenas, entre otros bienes jurídicos.¹⁶ Por otro lado, en el capítulo 20 sobre Medio Ambiente, en el artículo 20.13, párrafo tercero¹⁷ se hace referencia a la importancia de las comunidades indígenas en la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica. A pesar de que el TIPAT haga estas menciones a los pueblos y comunidades consideramos que queda aún un largo trecho en el reconocimiento de los derechos indígenas.

Por otro lado, se encuentra el caso de la integración económica de América del Norte, que es la más rentable de todo el orbe, ya que se trata de un flujo de mercancías y servicios de 3.5 millones de dólares por minuto. Los tres países que la integran tienen pueblos indígenas, desde los iroqueses de Canadá hasta los chamu-

¹⁶ Preámbulo del *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*:

REAFIRMAR la importancia de promover la responsabilidad social corporativa, la identidad y diversidad cultural, la protección y conservación ambiental, la igualdad de género, los derechos indígenas, los derechos laborales, el comercio inclusivo, el desarrollo sostenible y los conocimientos tradicionales, así como la importancia de preservar el derecho a regular en beneficio del interés público; y

¹⁷ Capítulo 20, artículo 20.13, párrafo 3 del *Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico*:

3. Las Partes reconocen la importancia de respetar, preservar y mantener el conocimiento y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida que contribuyan a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

las de México, pasando por los navajos y tohonos de los Estados Unidos. La región ha reconocido en el T-MEC la importancia de las comunidades y sobre todo la prelación de sus derechos por encima de los compromisos internacionales comerciales. Con un carácter propio, el T-MEC se convierte en el tratado comercial más incluyente que hay, en sus distintos capítulos hace varias menciones a los derechos de los pueblos indígenas, logrando un mayor alcance. Como particularidad, se trata del primer tratado internacional que firma Estados Unidos que tiene referencia a los pueblos indígenas. En varios capítulos existen menciones, no poco importantes, sobre los derechos indígenas, comenzando por el Preámbulo, el cual establece que las Partes están decididas a “Reconocer la importancia en el aumento de la participación de los pueblos indígenas en el comercio y la inversión”.¹⁸

Resalta el artículo 32.5 del T-MEC, el cual es una norma general que abarca a todo este tratado y constituye una excepción al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este instrumento internacional cuando sea incompatible con obligaciones legales con respecto de los pueblos indígenas.

Artículo 32.5: Derechos de los pueblos indígenas. Siempre que dichas medidas no se utilicen como medio de discriminación arbitraria o injustificada contra las personas de las otras Partes o como una restricción encubierta al comercio de mercancías, servicios e inversiones, este Tratado no impide a una Parte adoptar o mantener una medida que considere necesaria para cumplir con sus obligaciones legales para los pueblos indígenas.¹⁹

Por otro lado, en el capítulo 24 “Medio Ambiente” del T-MEC también hay varias disposiciones que se refieren a los pueblos indígenas. En principio se incluye el reconocimiento que la protección del medio ambiente juega un papel importantísimo en el

¹⁸ Preámbulo del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*, en vigor desde el 1 de julio de 2020, consultado en: <<https://www.gob.mx/t-mec>> (15 de noviembre de 2020)

¹⁹ Capítulo 32 del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*.

bienestar económico social y cultural de las comunidades, por lo que debe existir una política que relacione a los pueblos indígenas con la conservación a largo plazo.²⁰

De igual manera, el T-MEC hace referencia a la incorporación políticas públicas que respeten, preserven y mantengan el conocimiento y las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas, que se han mantenido y transmitido de generación en generación y que contribuyen a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.²¹ En especial, el T-MEC hace referencia al sector forestal y los pueblos indígenas, cuya importancia radica en el consumo, producción y comercio de este rubro, por lo que se deben tomar medidas necesarias para que sea una rama sostenible, es decir, que ambiente, comercio y sociedad resulten beneficiados de esta actividad.²² Aunado a lo anterior, el T-MEC hace una mención en el capítulo 6 “Mercancías Textiles y Prendas de Vestir” a los productos artesanales elaborados por los pueblos indígenas. Del artículo 6.2 se abre la posibilidad para que las mercancías arte-

²⁰ Artículo 24.2, párrafo 2 del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*:

24.2 4. Las Partes reconocen que el medio ambiente desempeña un papel importante en el bienestar económico, social y cultural de los pueblos indígenas y de las comunidades locales, y reconocen la importancia de relacionarse con estos grupos en la conservación a largo plazo del medio ambiente.

²¹ Artículo 24.15, párrafo 3 del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*:

24.15 3. Las Partes reconocen la importancia de respetar, preservar y mantener el conocimiento y las prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades locales que entrañen estilos tradicionales de vida que contribuyan a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica.

²² Artículo 24.23, párrafo 1 del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*:

24.23 1. Las Partes reconocen su papel como principales consumidores, productores y comerciantes de productos forestales y la importancia de un sector forestal saludable para proporcionar sustento y oportunidades de empleo, incluso para los pueblos indígenas.

sanales indígenas sean elegibles para tener un trato especial y no generar ningún tipo de impuesto.²³ Adicionalmente el capítulo 25 “Pequeñas y Medianas Empresas”, inciso (b) del artículo 25.2 se refiere a la creación de escenarios en los que las empresas pequeñas y medianas puedan crearse, desarrollarse y tener continuidad, por ello obliga a las Partes a buscar mecanismos para incrementar las oportunidades de comercio e inversión, en especial, *inter alia* las PyMEs pertenecientes a los grupos indígenas.²⁴

²³ Artículo 6.2, del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*:

Artículo 6.2: Mercancías Hechas a Mano, Folclóricas, Tradicionales o Artesanales Indígenas

1. Una Parte importadora y una Parte exportadora podrán identificar determinadas mercancías textiles o prendas de vestir que, de mutuo acuerdo, sean:

1. (a) tejidos hechos en telares manuales de la industria artesanal;
2. (b) mercancías de la industria artesanal hechas a mano con aquellos tejidos hechos en telares manuales;
3. (c) mercancías artesanales folclóricas tradicionales; o
4. (d) mercancías artesanales indígenas.

2. Las mercancías identificadas de conformidad con el párrafo 1 serán elegibles para el tratamiento libre de arancel por la Parte importadora, siempre que se cumplan los requisitos mutuamente acordados por las Partes importadora y exportadora.

²⁴ Artículo 25.2, párrafo 1, inciso (b) del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*:

Artículo 25.2: Cooperación para Incrementar las Oportunidades de Comercio e Inversión para las PyMEs

Con el fin de una cooperación más sólida entre las Partes para mejorar las oportunidades comerciales para las PyMEs, y entre otros esfuerzos, en el contexto de los memorandos de entendimiento que existen entre las Partes respecto a la cooperación de las PyMEs, cada Parte deberá buscar incrementar las oportunidades de comercio e inversión, y en particular deberá:

(...)

(b) fortalecer su colaboración con las otras Partes en actividades para promover a las PyMEs pertenecientes a grupos sub-representados, incluidas mujeres, pueblos indígenas, jóvenes y minorías, así como *start-ups*, PyMEs agrícolas y rurales, y promover la asociación entre estas PyMEs y su participación en el comercio internacional;

Con relación al capítulo 22 “Empresas propiedad del Estado y Monopolios Designados”, en el Anexo IV “Actividades Disconformes” se establecen algunos rubros que las Partes exentan de las obligaciones del T-MEC, con relación a la aplicación del *Principio de No Discriminación*. Canadá determinó en dicho apartado que las empresas públicas de ese país podrán darle trato más favorable a “personas y organizaciones aborígenes en la compra de mercancías y servicios”, sin que ninguna otra parte pueda alegar discriminación comercial.²⁵

Finalmente, por lo que respecta a las inversiones, el T-MEC hace referencia a la responsabilidad social corporativa en el artículo 14.17. En este sentido, los países de América del Norte están comprometidos a estimular que las empresas que desempeñen labores dentro de su territorio deban incorporar estándares internacionales en materia de responsabilidad social, los cuales pueden referirse a los derechos indígenas.²⁶ Por su parte las grandes empresas multinacionales pueden adaptar su operación a las líneas establecidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

²⁵ *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*, Anexo IV “Actividades Disconformes. Nota Explicativa”, Lista de Canadá, páginas 7-8. Consultado el 18 de noviembre de 2021 en la siguiente cibergrafía: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465781/ESPAnexoIVSOEs.pdf>

²⁶ Artículo 14.17 del *Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá*:
Artículo 14.17: Responsabilidad Social Corporativa
Las Partes reafirman la importancia de que cada Parte fomente a las empresas que operan dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción a incorporar voluntariamente en sus políticas internas los estándares, directrices y principios de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente que hayan sido aprobados o estén siendo apoyados por esa Parte, que podrán incluir las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Estos estándares, directrices y principios podrán referirse a materias tales como laboral, medio ambiente, igualdad de género, derechos humanos, derechos de pueblos indígenas y aborígenes y corrupción.

VI. INVERSIONES Y DERECHOS INDÍGENAS

El desempeño y la intensidad del comercio internacional ha despertado varias preocupaciones. Por ejemplo, el cuidado del medio ambiente, la corrupción corporativa, las asimetrías entre países menos adelantados y desarrollados y, por supuesto, los derechos indígenas. Hay en un buen sector de la sociedad la idea de que el comercio internacional ha sido transgresor de los derechos de los pueblos originarios en varios aspectos. En específico, entre muchos temas, podemos señalar la propiedad intelectual que es uno de los objetos principales del desenvolvimiento del comercio internacional entra en aparentes enfrentamientos con el folclor y el conocimiento tradicional; y la utilización de los recursos genéticos que han sido recolectados en las zonas indígenas o la utilización de productos derivados de biotecnología moderna;²⁷ sin duda, el sector de las inversiones extranjeras que ha sido señalados como una causa de desplazamientos y exclusión de los pueblos.

La apertura comercial ha sido acompañada del enorme flujo de inversiones, las cuales han desatado preocupaciones por distintas causas. De ahí la importancia de analizar el régimen jurídico de las inversiones incorporado en los tratados de libre comercio –bilaterales, regionales y multilaterales- a la luz de los derechos de los pueblos indígenas. En específico, se puede afirmar que las posibles violaciones a los derechos indígenas que pudiera provocar el régimen de inversiones comprenden la libre determinación, el derecho a sus tierras, territorios y recursos, la participación en la toma de decisiones a través de la manifestación del consentimiento previo, libre e informado.²⁸

²⁷ GONZÁLEZ ÁNGELES, Marco, *Efectos jurídicos del maíz genéticamente modificado en los pueblos indígenas / tesis que para obtener el grado de Maestría en Derecho, tutor principal de tesis Fausto Kubli García*, UNAM, Programa de Posgrado en Derecho, 2018, consultado en: <<http://132.248.9.195/ptd2018/enero/0769283/Index.html>> (14 de marzo del 2020)

²⁸ TAULI-CORPUZ, Victoria, *Informe de la relatora especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas relativo a*

Es importante resaltar que la principal preocupación sobre los derechos indígenas es la pertenencia de sus tierras, territorios y recursos. En este sentido, las comunidades suelen vivir en áreas ricas en recursos naturales, lo que atrae a los inversionistas. Por ejemplo, está documentado que en la primera década de este siglo, los incrementos de los precios de los alimentos y las inquietudes provocadas por alcanzar la seguridad alimentaria provocaron el aumento de adquisiciones de tierras por parte de inversionistas extranjeros.²⁹

La ruta jurídica de la inversión extranjera a tierras, territorios y recursos en áreas tradicionalmente indígenas se ha dado, en principio, a través de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Estos instrumentos internacionales son una herramienta para atraer inversiones y con ello favorecer la economía de los países. A la fecha hay registrados en los acervos de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD) un total de 2815 acuerdos de esta naturaleza, de los cuales 2248 están en vigor.³⁰

Es relevante señalar las asimetrías que afloran en el desempeño de este tipo de instrumentos, en el entendido de que los países más adelantados son los que tienen un mayor número de acuerdos

las repercusiones de las inversiones internacionales y el libre comercio sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, Asamblea General de Naciones Unidas, documento A/70/301, 2015. Consultado en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/249/12/PDF/N1524912.pdf?OpenElement>> (24 de febrero de 2022)

²⁹ AREZKI, Rabah, et al. "The Global Land Rush", en *Finance & Development*, Marzo, 2012, pp. 46-49. Consultado en: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2012/03/pdf/arezki.pdf>> (24 de febrero de 2022)

³⁰ UNCTAD, *Investment Policy Hub*, acervos de datos relacionados con las inversiones globales. Consultado en: <<https://investmentpolicy.unctad.org>> (28 de febrero de 2022)

firmados,³¹ es decir, tienen el capital suficiente para poder invertir en países menos adelantados. También es importante señalar que las diferencias que se susciten por el menoscabo de las inversiones se resuelven en foros internacionales y no en los sistemas de justicia de los Estados receptores. En este tenor, los procesos internacionales están restringidos a la participación de los pueblos indígenas, son onerosos, requieren mucho tiempo y muy rara vez hay decisiones favorables para los estados demandados.³²

Con la idea de actualizar las relaciones bilaterales de inversión que generan estos acuerdos e incorporar el reconocimiento de los derechos indígenas, la UNCTAD, emitió en 2015 la *Guía de acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible*, la cual pretende ser un referente para que desaparezcan o al menos disminuyan las tensiones entre comercio, ambiente y pueblos indígenas.³³ La *Guía* propone excluir a los derechos indígenas del ámbito del principio de no discriminación en el comercio. Dicho principio tiene dos vertientes, por un lado, la cláusula de Trato Nacional que, en este caso, consiste en que cualquier inversión extranjera que se ubique en el territorio de un Estado deberá tener el mismo estatus que cualquier inversión nacional, marcar algún

³¹ Por ejemplo, Francia ha firmado 115 de estos acuerdos, Reino Unido 110, Alemania 155, China 145, Suiza 127, España 89, en contraste con países como México 36, Perú 33. También hay países de muy poco desarrollo, pero con acuerdos firmados con potencias económicas, tal es el caso de Sudán, que tiene acuerdos con Italia, Bélgica, Suiza, China, Francia, Holanda, Alemania.

³² WANG, C., NING, J., ZHANG, X., "International Investment and Indigenous Peoples' Environment: A Survey of ISDS Cases from 2000 to 2020" en *International Journal of Environmental Research and Public Health* 2021, 18, 7798. DOI <<https://doi.org/10.3390/ijerph18157798>>.

³³ Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (autor corporativo), *Guía de acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible. Extracto del Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible*, UNCTAD, 2015. Consultado en: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-framework>> (1 de marzo de 2022)

diferenciador en el tratamiento –en términos comerciales- sería discriminatorio; por otro lado, la cláusula de Nación más Favorecida que opera cuando un país otorga prerrogativas a otro, lo debe hacer con terceros países, en este sentido, se busca prevenir la discriminación por la nacionalidad y darle las mismas oportunidades y generar un escenario de igualdad de condiciones entre inversionistas de distintas nacionalidades.

Al respecto, la *Guía* propone que en los acuerdos internacionales sobre inversión se permita la exclusión y reserva de la aplicación de las cláusulas de no discriminación (Trato Nacional y Nación Más Favorecida) cuando se afecten, entre otros bienes jurídicos, a los derechos indígenas. Normalmente si se acredita que el Estado receptor incurrió en prácticas discriminatorias es declarado responsable y se debe indemnizar al inversor. En la propuesta de la UNCTAD, un inversor no podría alegar discriminación, por lo que el Estado que instrumente políticas públicas sobre minorías, grupos indígenas o cualquier otro sector análogo quedaría eximido de responsabilidad.

En otro tema, la *Guía* sugiere que los inversores, que también se convierten en empleadores del país receptor, tengan como política empresarial la contratación de nacionales o indígenas. Es importante destacar que se pretende que las inversiones que se instalen en los países, sobretodo aquellos con bajos índices de bajo desarrollo humano, deben procurar la capacitación de los empleados para que el conocimiento tecnológico deje a la población empleada con mayores herramientas laborales.

Sin lugar a dudas, estamos siendo testigos de un cambio de paradigmas en la relaciones públicas, privadas y sociales. Hoy en día los modelos productivos en su mayoría están pugnando por el fortalecimiento de las responsabilidades sociales corporativas, esto incluye a la protección del medio ambiente, el cumplimiento de las leyes y por su puesto a los derechos indígenas. Aun se requieren muchas acciones para cumplir con los extremos de los derechos indígenas, como fomentar la participación, la instrumentación de mecanismos efectivos de consultas en los que exista el

consentimiento previo de las comunidades cuando se pretendan inversiones que afecten su esfera de intereses.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Como una primera conclusión de este trabajo resalto el valor de los derechos indígenas. En consecuencia, no hay transgresión de este cuerpo normativo a las instituciones liberales, antes al contrario, se fortalece la soberanía del Estado y la pluralidad reconociendo la existencia de sociedades distintas. Adicionalmente, el reconocimiento de los derechos indígenas debe venir asociado a la reivindicación, al evidente retraso que es una consecuencia histórica de marginación, denigración, discriminación, pero resistencia. Por supuesto, la existencia de derechos indígenas no es un trabajo terminado, se requiere una contundente política pública de inclusión, de cooperación, pero con el respeto a la autonomía.

En otro tenor, las normas sobre comercio exterior se han robustecido de manera favorable. En la actualidad incluyen los derechos indígenas, lo cual es un importante avance en el desarrollo normativo regional.

Cabe subrayar que las inversiones extranjeras representan una de las mejores posibilidades para que un Estado se desarrolle económicamente en distintos sectores. En especial, cuando las inversiones generan activos fijos y se insertan en la economía nacional, generando empleos plenos –que deben estar bien remunerados–, movilidad social, crecimiento productivo, acceso a la tecnología, a la innovación, mejores capacidades laborales. Sin embargo, aunque la inversión extranjera sea una solución a muchos temas, también en un contexto descontrolado puede convertirse en problema.³⁴ Básicamente se deben crear puentes para que el régimen de inversiones también favorezca a los pueblos indígenas.

³⁴ MANKIW, Gregory N., *Principios de Economía*, 6ª ed., México, Cengage Learning, 2012, p. 543.