



Consejo Económico y Social

Distr. general
2 de febrero de 2024
Español
Original: inglés

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

23^{er} período de sesiones

Nueva York, 15 a 26 de abril de 2024

Tema 4 del programa provisional*

Debate sobre los seis ámbitos del mandato del Foro Permanente (desarrollo económico y social, cultura, medio ambiente, educación, salud y derechos humanos) en relación con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible

Criminalización de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas

Nota de la Secretaría

Resumen

En su 22^o período de sesiones, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas encomendó a Naw Ei Ei Min y Rodrigo Eduardo Paillalef Monnard, miembros del Foro, que realizaran un estudio para examinar la criminalización de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas y que se lo presentaran en su 23^{er} período de sesiones. La presente nota contiene el informe sobre el estudio¹. El estudio se concentró en la tipología y los ejemplos de criminalización, los instrumentos y la jurisprudencia internacionales pertinentes y el acceso a la justicia, y la formulación de conclusiones y recomendaciones.

* E/C.19/2024/1.

¹ Damos las gracias a Fergus MacKay, Abogado Superior y Asesor sobre Políticas de Indígenas Peoples Rights International, por ayudarnos con la investigación.



I. Introducción

1. El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha recibido numerosas denuncias de casos de criminalización de los Pueblos Indígenas en el ejercicio de sus derechos humanos, en particular en lo que respecta a diversas formas de protesta u oposición ante presuntas violaciones de esos derechos. Por ejemplo, en su 23^{er} período de sesiones, el Foro recibió información sobre la criminalización de la defensa de los derechos, especialmente de los relacionados con las tierras y los recursos, las actividades de los periodistas indígenas y las libertades lingüísticas. Respecto a la criminalización de estas últimas, el Foro explicó que “supone una amenaza para la conservación de las lenguas y las costumbres indígenas y para la integridad de la cultura y las tradiciones de los Pueblos Indígenas”². En muchos casos, agrava otras violaciones o violaciones subyacentes de los derechos humanos. Por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha declarado que, cuando las consultas con miras a obtener el consentimiento se llevan a cabo en contextos de amenazas, criminalización y hostigamiento, se ve perjudicado su carácter libre³.

2. Estas prácticas han sido condenadas por la Asamblea General, que ha instado a los Estados a que adopten las medidas necesarias “para garantizar los derechos, la protección y la seguridad de los Pueblos Indígenas, incluidos los líderes Indígenas y los defensores Indígenas de los derechos humanos”⁴. Estas cuestiones también se plantean con más frecuencia ante los órganos de tratados y los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos⁵. La anterior Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas dedicó parte de un informe anual⁶ a este tema. El Foro Permanente se basa ahora en ese informe y suscribe plenamente las recomendaciones de la Relatora Especial. Dado que la cuestión no se comprende de manera apropiada y que los incidentes están aumentando e intensificándose, el Foro considera importante que el sistema de las Naciones Unidas preste más atención a la criminalización de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, en particular a nivel de los países, y en los párrafos 30 a 35 del presente documento se formulan recomendaciones al respecto.

3. La criminalización de los Pueblos Indígenas tiene profundas raíces históricas, así como manifestaciones contemporáneas. Se remonta a los orígenes del derecho internacional moderno, cuando las potencias coloniales debatieron sobre diversas normas jurídicas y las aplicaron y manipularon para permitir las “guerras justas”, la desposesión forzosa, la esclavización e incluso el exterminio, en particular contra aquellas personas que se consideraban poco dispuestas a colaborar u hostiles⁷. Estos ejemplos históricos siguen siendo pertinentes en el sentido de que continúan repercutiendo en los Pueblos Indígenas en la actualidad⁸. A medida que las potencias

² E/2023/43-E/C.19/2023/7, párr. 59.

³ CERD/C/MEX/CO/18-21, párr. 20.

⁴ Resolución 77/203 de la Asamblea General, noveno párr. del preámbulo y párr. 28.

⁵ Véanse, por ejemplo, CERD/C/RUS/CO/25-26, párrs. 18 a 21; CERD/C/NIC/CO/15-21, párr. 41 d); CCPR/C/PER/CO/6, párrs. 38, 39, 42 y 43; CAT/C/BRA/CO/2, párrs. 19 y 20; E/C.12/GTM/CO/4, párr. 11 c); CEDAW/C/HND/CO/9, párr. 42 c); A/HRC/36/46/Add.1, párr. 93; y A/HRC/51/28, párr. 107 k).

⁶ A/HRC/39/17.

⁷ Véase, por ejemplo, Simon Bull, “‘The land of murder, cannibalism, and all kinds of atrocious crimes?’ Maori and crime in New Zealand, 1853–1919”, *British Journal of Criminology*, vol. 44, núm. 4 (julio de 2004) (El análisis apunta a que el conflicto y la criminología crítica son los principales paradigmas por conducto de los cuales los “crímenes” del poderoso Estado colonial convirtieron en criminales a los maoríes).

⁸ Véase, por ejemplo, S. James Anaya, “Reparations for neglect of indigenous land rights at the intersection of domestic and international law: the Maya cases in the Supreme Court of Belize”, en *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Federico

coloniales consolidaron el control, las leyes y formas de criminalización persistieron o se transformaron en diversas medidas que criminalizaron el hecho de ser indígena, como ilegalizar prácticas culturales, religiosas y espirituales e incluso criminalizar la vestimenta tradicional en algunos países; arrebatar los niños a las familias indígenas; y diversas otras leyes asimilacionistas y sanciones conexas⁹. En otros casos, las leyes coloniales con que se pretendía reprimir los movimientos independentistas se aplican en la actualidad a los Pueblos Indígenas y a las reivindicaciones de estos en materia de libre determinación y otros derechos (por ejemplo, leyes que otorgan facultades especiales a las fuerzas militares y diversas leyes sobre sedición).

4. En este documento se analizan dos tipos de criminalización. El primero es omnipresente y está profundamente arraigado en la legislación, las políticas y las actitudes. También suele estar relacionado con “el racismo y la discriminación estructurales”, especialmente cuando tiene sus raíces en el no reconocimiento de la personalidad jurídica de los Pueblos Indígenas¹⁰. Los ejemplos son variados y numerosos, y suelen ser consecuencia de un reconocimiento jurídico y un respeto inadecuados o ineficaces del derecho a la libre determinación, los derechos sobre la tierra, los derechos culturales y otros derechos¹¹. Ese tipo de criminalización es aún más pronunciado en los casos en que terceros hacen valer intereses jurídicos que pretenden menoscabar o negar los derechos indígenas. La segunda categoría se refiere a la interpretación más común del concepto de uso indebido del derecho penal por parte de actores estatales y no estatales con el objeto de criminalizar la labor de los defensores indígenas de los derechos humanos (por ejemplo, por oponerse a proyectos públicos y del sector privado en sus tierras)¹². La violencia, la discriminación, la denegación del acceso a la justicia y la impunidad también se relacionan con la represión y la criminalización, al igual que unos índices sumamente desproporcionados de sentencias condenatorias, encarcelamiento y reincidencia¹³. Según Indigenous Peoples Rights International, a pesar de que los Pueblos Indígenas constituyen el 6 % de la población mundial, los defensores indígenas sufrieron casi el 20 % de las agresiones entre 2015 y 2022 y tienen muchas más probabilidades de

Lenzerini, ed. (Oxford, Oxford University Press, 2008), pág. 567 (La pérdida masiva de tierras que acompañó a la colonización se vio facilitada típicamente por políticas y leyes coloniales y estatales que otorgaban un valor escaso o no otorgaban ningún valor a la presencia de Pueblos Indígenas y a su tenencia de la tierra preexistente. La herencia de tales políticas y leyes se ha perpetuado hasta hoy en los ordenamientos jurídicos y las prácticas administrativas de los Estados).

⁹ Véase, por ejemplo, [A/76/180](#), párr. 10 (“[E]l impacto del colonialismo sigue siendo evidente en la sobrerepresentación de personas pertenecientes a pueblos indígenas que están bajo detención [...]. El colonialismo desembocó en un Estado que lo perpetuó a través de un aparato legal, institucional y cultural que somete a las poblaciones colonizadas a la discriminación, la asimilación, la criminalización y, en algunos casos, la violencia, y les niega derechos básicos como la propiedad de tierras ancestrales y recursos, así como el acceso a la justicia, salud, educación y oportunidades económicas”).

¹⁰ [A/HRC/39/17](#), párr. 5.

¹¹ Véase, por ejemplo, [A/HRC/42/37/Add.1](#), párr. 97 (“Es fundamental que se adopten medidas decididas para acabar con el uso abusivo del sistema penal contra personas y dirigentes indígenas que defienden sus derechos en el contexto de proyectos extractivos en sus tierras, territorios y recursos naturales, el ejercicio de la jurisdicción indígena o de sus prácticas tradicionales”).

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos* (OEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15), párr. 1.

¹³ Véase, por ejemplo, [CAT/C/NZL/CO/7](#), párr. 32 (“El Estado parte debe redoblar sus esfuerzos por reducir el número desproporcionadamente elevado de maoríes encarcelados y por reducir la reincidencia, entre otras cosas, detectando sus causas subyacentes, revisando la normativa y las políticas que conducen a los elevados índices de encarcelamiento de maoríes y potenciando el uso de medidas no privativas de la libertad y programas de derivación”).

sufrir ataques violentos, un porcentaje importante de los cuales constituyen “acoso judicial” en el contexto de operaciones del sector privado¹⁴.

5. La criminalización de los derechos indígenas sobre la tierra y a la subsistencia y la gobernanza sigue siendo generalizada y es especialmente grave en los casos en que la legislación nacional no reconoce debidamente esos derechos. Eso ocurre especialmente cuando la legislación es indebidamente restrictiva respecto de las tierras nacionales, públicas, del Estado o de la Corona; las reservas forestales, la biodiversidad y las zonas protegidas; las medidas de adaptación al clima y mitigación de sus efectos; los sectores extractivos y la agricultura a gran escala; y la fauna y la flora silvestres. Por lo general, la criminalización se basa en el desconocimiento o la negación de los derechos humanos garantizados internacionalmente de los Pueblos Indígenas o en la anteposición discriminatoria de los intereses del Estado o de otros actores. Algunas de esas leyes tienen sus raíces en el derecho y las prácticas coloniales, otras se elaboraron en la era poscolonial y algunas son de origen muy reciente¹⁵. Por ejemplo, los Pueblos Indígenas denunciaron que la reforma constitucional finalizada en junio de 2023 en la Argentina se llevó a cabo sin su participación efectiva y ha restringido y criminalizado el derecho a la protesta como parte de las medidas que facilitan la extracción de litio¹⁶.

6. Los autores de un estudio realizado en 2023 sobre el desarrollo industrial y la custodia de las tierras indígenas concluyeron que, en el futuro, el desarrollo industrial podría amenazar más del 60 % de las tierras de los Pueblos Indígenas: 22,7 millones de kilómetros cuadrados en 64 países¹⁷. Por ello, cabe esperar que también aumente la criminalización, por ejemplo, a medida que se sigan comercializando y monetizando las “reservas de carbono” y los servicios ecosistémicos, que aumente el número de proyectos de agricultura a gran escala y de “transición a la energía verde”, que se amplíen las zonas protegidas en consonancia con las metas internacionales y que los recursos naturales se vuelvan más escasos y remotos desde el punto de vista geográfico¹⁸. Un estudio de 5.097 proyectos existentes de “minerales para la transición energética” reveló que el 54 % se ubicaban en tierras de Pueblos Indígenas o en sus inmediaciones, y que la cifra era considerablemente más elevada en el caso de los yacimientos sin explotar¹⁹. Otros factores que probablemente serán determinantes son los movimientos de población y la competencia por la tierra causados por el cambio climático. Aumentarán proporcionalmente el uso indebido y el abuso del derecho y los procesos penales relativos a la oposición y las denuncias legítimas, así como la necesidad de que las medidas para hacer frente a ese uso indebido y ese abuso sean más coordinadas y sistemáticas. Eso es especialmente

¹⁴ Indigenous Peoples Rights International y Business and Human Rights Resource Centre, “Protector not prisoner: Indigenous peoples face rights violations and criminalization in climate actions”, noviembre de 2022, pág. 5.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Dilip Chakma y Joan Carling, “Diminishing forest protection in India: Indigenous voices against controversial forest law amendment”, Indigenous Peoples Rights International, 8 de agosto de 2023.

¹⁶ Juan Cruz Ferre, “Jujuy stands up against multinational mining companies and anti-democratic reforms”, North American Congress on Latin America, 12 de agosto de 2023.

¹⁷ Christine M. Kennedy *et al.*, “Indigenous peoples’ lands are threatened by industrial development; conversion risk assessment reveals need to support indigenous stewardship”, *One Earth*, vol. 6, núm. 8 (2023).

¹⁸ Véase, por ejemplo, Joan Martínez-Alier, “Mapping ecological distribution conflicts: the EJAtlas”, *Extractive Industries and Society*, vol. 8, núm. 4 (diciembre de 2021).

¹⁹ John R. Owen *et al.*, “Energy transition minerals and their intersection with land-connected peoples”, *Nature Sustainability*, vol. 6 (febrero de 2023), pág. 204. Véase también Samuel Block, “Mining energy-transition metals: national aims, local conflicts”, MSCI, 3 de junio de 2021 (El 97 % de los recursos y reservas de níquel, el 89 % de los de cobre, el 79 % de los de litio y el 68 % de los de cobalto de los Estados Unidos se encuentran a una distancia máxima de 35 millas de las reservas de los indígenas de los Estados Unidos).

importante en relación con el uso inapropiado de las leyes antiterroristas²⁰ y sobre sedición²¹, infraestructura²², seguridad nacional y extorsión organizada²³, y con el abuso de los procesos de derecho civil o administrativo que dan lugar a sanciones penales o de tipo penal²⁴. Asimismo, las leyes contra la difamación criminal se están utilizando indebidamente en América Latina y Asia Sudoriental para enjuiciar a los defensores indígenas de los derechos humanos²⁵. Las leyes citadas suelen ser vagas e imprecisas a primera vista, por lo que, entre otras cosas, no cumplen el principio de legalidad.

7. Asimismo, una deficiencia que persiste en gran parte de la labor sobre los defensores indígenas de los derechos humanos es que a menudo se subestiman o no se tienen en cuenta los aspectos colectivos. Por ejemplo, como observó la Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, “[s]e persigue a los dirigentes [indígenas] como estrategia para reprimir y silenciar a toda la comunidad”²⁶. En el contexto indígena, el/la defensor/a es normalmente un/a líder comunitario/a y forma parte de la acción colectiva. La criminalización repercute tanto en los derechos individuales como en los colectivos y en el nexo entre ambos tipos, y afecta de forma negativa a la libre determinación y otros derechos fundamentales²⁷. A modo de analogía, en relación con la desaparición forzada de un líder maya, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que la comunidad del líder se vio privada de la participación directa de este en las estructuras del Estado, “un prerequisite necesario para [...] la autodeterminación [de la comunidad]”²⁸. Además, los líderes indígenas “ejercen su función por mandato o designación y en representación de una colectividad. Esta dualidad recae tanto en el derecho del

²⁰ Véanse, por ejemplo, Virginius Xaxa, “India is targeting defenders of indigenous rights as ‘Terrorists’”, *Scientific American*, 4 de enero de 2021; Comisión Internacional de Juristas, “Danger in dissent: counterterrorism and human rights in the Philippines”, enero de 2022, pág. 1 (en relación con la táctica de vilipendiar a los defensores de los derechos humanos y calificarlos categóricamente de “terroristas” o “comunistas” sin tener pruebas sustanciales de conducta ilegal alguna, práctica que a nivel local se conoce como “tachar de rojos”); y Human Rights Watch, “Amazonians on trial: judicial harassment of indigenous leaders and environmentalists in Ecuador”, 26 de marzo de 2018.

²¹ Véase, por ejemplo, Gladson Dungdung, “Criminalization of Pathalgari movement”, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, 3 de septiembre de 2021.

²² Véase, por ejemplo, Kaylana, Mueller-Hsia, “Anti-protest laws threaten indigenous and climate movements”, Brennan Centre for Justice, 17 de marzo de 2021. Desde 2016, 18 estados de los Estados Unidos han aumentado las sanciones penales por allanamiento, daños e interferencia en emplazamientos de infraestructura como refinerías de petróleo y oleoductos, y esas leyes se inspiran en la legislación de seguridad nacional promulgada para proteger la infraestructura física.

²³ Véase, por ejemplo, Estados Unidos de América, Tribunal de Distrito correspondiente al Distrito Sur de Nueva York, *United States v. Steven Donziger*, BL 171489, causa núm. 19-CR-561, 2020.

²⁴ Véase, por ejemplo, Amnistía Internacional, “Criminalización de los defensores y defensoras de la tierra wet’suwet’en”, 23 de marzo de 2023 (“En julio de 2022, la fiscalía de Columbia Británica acusó a 19 defensores y defensoras de la tierra de desacato penal, al parecer por desobedecer el orden judicial interlocutoria de 2019, que les impedía acercarse a las obras del gasoducto”).

²⁵ A/76/222, párr. 33; *ibid.*, párr. 44 (“más de 200 defensores de los derechos indígenas fueron asesinados en América Latina entre 2015 y 2019”). Véase también CCPR/C/HND/CO/2, párr. 41 (“[...] debería adoptar urgentemente medidas efectivas para [...] [c]onsiderar la posibilidad de despenalizar la difamación y, en todo caso, que la normativa penal solo debería aplicarse en los casos más graves, ya que la pena de prisión no es nunca apropiada”).

²⁶ A/HRC/39/17, párr. 45.

²⁷ Véase, por ejemplo, la resolución 70/2022 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares No. 822-22, Jhon Anderson Ipia Bubu respecto de Colombia, 11 de diciembre de 2022, párr. 36 (“los ataques contra [las autoridades de los Pueblos Indígenas] [...] generan un impacto no sólo en la víctima directa, sino también en los propios pueblos y comunidades”).

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010, párr. 113.

individuo que ejerce el mandato [...] como en el derecho de la colectividad a ser representada. En este sentido, la violación del primero repercute en la vulneración del otro derecho”²⁹. Esa dualidad de la criminalización también requiere atención, al igual que el daño intergeneracional o transgeneracional que se suele derivar de ella³⁰.

II. Tipología de la criminalización

A. Definición de criminalización

8. La comunidad internacional no ha consensuado ninguna definición del concepto de “criminalización”, y mucho menos una que se ajuste a las características y los derechos indígenas. La Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, en su informe de 2018³¹, estableció unos criterios que son útiles en ese sentido, y la jurisprudencia reciente añade detalles importantes (que se describen en el presente informe). Tanto los criterios como la jurisprudencia reciente abarcan las dos categorías de criminalización señaladas en el presente documento y analizadas más adelante³². Teniendo esto en cuenta, a continuación se ofrece una definición de trabajo para orientar la labor futura:

- La criminalización es la aplicación o el uso injustificados del derecho y los procesos penales por el Estado o por actores no estatales a) en relación con el ejercicio de los derechos conferidos a los Pueblos Indígenas, individual y colectivamente; o b) en casos en que, intencionadamente o como consecuencia de sus actos, el Estado o los actores no estatales traten de obstaculizar, reprimir o castigar la organización, denuncias, protestas y otras acciones legítimas que tengan por objeto afirmar, proteger y defender esos derechos, ya sea a nivel nacional o internacional. Eso puede incluir el derecho no penal cuando tenga un objetivo o efecto similar y las sanciones sean comparables.

B. Dos aspectos de la criminalización de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas

Falta de reconocimiento y de garantía en la legislación de los derechos humanos acordados internacionalmente y violaciones de esos derechos

9. Este aspecto se refiere a la criminalización injustificada del ejercicio de derechos (normalmente colectivos), incluidos diversos derechos de propiedad, de autogobierno, culturales, espirituales, económicos y de otro tipo. En algunos casos, incluye la criminalización de diversas relaciones con el territorio, todas ellas cruciales para la identidad, el bienestar y la “supervivencia”³³. Suele tener su origen en la falta de reconocimiento o de garantía adecuados o efectivos de los derechos indígenas en la legislación nacional, en particular de los derechos a poseer y controlar tierras,

²⁹ *Ibid.*, párr. 115.

³⁰ Véase también [CEDAW/C/GC/39](#) (2022), párr. 40 (“La violencia de género [...] socava el tejido colectivo espiritual, cultural y social de los Pueblos Indígenas y sus comunidades, y causa un daño colectivo y a veces intergeneracional”).

³¹ Véase [A/HRC/39/17](#).

³² *Ibid.*, párr. 28.

³³ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 129 (en que la supervivencia se define como la capacidad de “preservar, proteger y garantizar la relación especial que [...] tienen con su territorio” de modo “que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas”).

territorios y recursos y las garantías conexas, como el consentimiento libre, previo e informado, y en la falta de seguridad jurídica respecto de esos derechos³⁴. Como explicó la Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, “la legislación relativa, por ejemplo, a la silvicultura, la minería y el sector de la energía no se pone en consonancia con los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y tales derechos se ven relegados en beneficio de los intereses comerciales”³⁵.

10. La criminalización se extiende a muchos aspectos de la vida y repercute en el ejercicio de muchos derechos diferentes. Por ejemplo, es muy probable que cientos de indígenas hayan sido encarcelados hasta 12 años por el delito de “matanza de vacas” en Nepal, donde la religión dominante se impone a Pueblos Indígenas para los que comer búfalo está aceptado y relacionado con importantes tradiciones culturales³⁶. En algunos países también está criminalizada la ocupación tradicional de la tierra, y hay indígenas que han sido declarados culpables de allanamiento y desalojados por la fuerza de sus tierras ancestrales en cumplimiento de órdenes judiciales en favor de terceros³⁷.

11. La criminalización también tiene lugar en ocasiones debido a nociones refutadas de que los conocimientos o las tradiciones indígenas son inferiores a la “ciencia occidental” (por ejemplo, nociones manifiestamente falsas de que la gestión no indígena de la biodiversidad es superior a las relaciones de los Pueblos Indígenas con el territorio), lo cual también se traduce con frecuencia en la criminalización de las actividades conexas, como el uso tradicional del fuego³⁸. En ese sentido, muchas zonas protegidas y programas, leyes y políticas relacionados con la fauna y la flora, la biodiversidad y el clima que restringen los derechos carecen de una base racional y son innecesarios y desproporcionados. Ese es el caso de los requisitos para restringir los derechos humanos, por no hablar de la aplicación de sanciones penales, y sin embargo los Pueblos Indígenas siguen siendo enjuiciados en todo el mundo debido a leyes de ese tipo. Eso representa a menudo una doble penalización, pues se criminaliza el ejercicio de los derechos indígenas y además se aplican otros tipos de sanciones punitivas (por ejemplo, la denegación de los derechos sobre la tierra, el traslado forzoso, la quema de viviendas y las palizas). Ya se ha señalado que esto tiene profundas raíces históricas; como se observó en un artículo, la justificación ideológica de la desposesión de los aborígenes era que los colonos utilizarían la tierra mejor que ellos³⁹.

12. Estas formas de criminalización constituyen el grueso de las que requieren reparación. El primer paso es analizar las leyes, políticas y prácticas para detectar los

³⁴ Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Protesta y derechos humanos* (OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19), párr. 213 (“Al no estar precisado en el tipo penal de usurpación la descripción de lo que debe entenderse por el adverbio “ilícitamente, con cualquier propósito” dentro del tipo penal ni describirse con claridad la intencionalidad requerida por parte del sujeto activo para configurar el delito; con frecuencia se imputaría penalmente a indígenas y campesinos que, sin contar con un título formal de propiedad, se encuentran en tenencia desde hace varios años de las tierras que estiman ancestralmente o por derecho les pertenecen”).

³⁵ [A/HRC/39/17](#), párr. 31.

³⁶ [CERD/C/NPL/CO/17-23](#), párrs. 22 a 24.

³⁷ Véase, por ejemplo, *Situación de los derechos humanos en Guatemala: diversidad, desigualdad y exclusión* (OEA/Ser.L/V/II.Doc.43/15), párr. 478 (entre otras cosas: “14 comunidades maya q’eqchi [...] [fueron] desalojadas forzosamente [...] con base en un proceso penal”).

³⁸ Véase, por ejemplo, Rika Fajrini, “Environmental harm and decriminalization of traditional slash-and-burn practices in Indonesia”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 11, núm. 1 (2022), pág. 30 (al menos 48 personas en Kalimantan Oriental, Occidental y Central fueron detenidas por desmontar tierras utilizando fuego en 2019).

³⁹ Patrick Wolfe, “Settler colonialism and the elimination of the native”, *Journal of Genocide Research*, vol. 8, núm. 4 (2006), pág. 389.

casos en que se ha criminalizado el ejercicio de los derechos y cuáles son las supuestas justificaciones. A su vez, eso permite formular propuestas exhaustivas de reforma legislativa y de otro tipo para subsanar los defectos. Puesto que estas cuestiones afectan al ejercicio de derechos garantizados internacionalmente, corresponde al Estado justificar estrictamente la legitimidad de cualquier uso de sanciones penales.

Criminalización de los defensores

13. Esta categoría se refiere al uso indebido del derecho penal por actores estatales y no estatales con el objetivo de criminalizar la labor de los defensores indígenas de los derechos humanos⁴⁰. A menudo se concreta en determinadas personas que son el rostro de la resistencia debido a su papel de liderazgo, pero también puede referirse a comunidades o naciones enteras, y existen múltiples versiones. Eso es especialmente acusado cuando los Pueblos Indígenas se oponen a proyectos públicos y del sector privado en sus tierras y a veces también es evidente en otras actividades, incluso en los procesos de regularización de las tierras, en particular respecto a la expulsión de terceros⁴¹. Además, los observadores han detectado una profunda diferencia de trato entre los Pueblos Indígenas y la población no indígena: cuando los indígenas protestan, se les considera enemigos del Estado; cuando protestan los colonos, se les trata como partes interesadas sensibles y fundamentales para resolver el conflicto⁴². Eso tiene consecuencias reales: según un informe, solo en 2021 fueron muertos en todo el mundo 200 defensores de la tierra y el medio ambiente, de los cuales más del 40 % pertenecían a Pueblos Indígenas⁴³. En Colombia, entre 2016 y 2021 fueron asesinados 611 “defensores del medio ambiente”, de los cuales 332 pertenecían a Pueblos Indígenas⁴⁴.

14. El objetivo de la criminalización suele ser impedir que los Pueblos Indígenas y sus representantes soliciten que se protejan sus derechos, detenerlos para que no lo hagan o bien castigarlos por hacerlo. En ocasiones, eso se consigue de forma diferente, por ejemplo, no aplicando el derecho penal a personas no indígenas que violan los derechos indígenas (tanto la aplicación selectiva, que da lugar a la criminalización *de facto* y a veces *de iure* de la ocupación indígena al considerar que

⁴⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos* (OEA/Ser.L/V/II.Doc.49/15), párr. 1 (entre otras cosas: “las y los defensores [de derechos humanos] son sistemáticamente sujetos a procesos penales sin fundamento en diversos contextos, con el fin de paralizar o deslegitimar las causas que persiguen”) y párr. 3 (“la criminalización de las defensoras y defensores de derechos humanos mediante el uso indebido del derecho penal consiste en la manipulación del poder punitivo del Estado por parte de actores estatales y no estatales con el fin de obstaculizar sus labores de defensa, así impidiendo el ejercicio legítimo de su derecho a defender los derechos humanos”).

⁴¹ Véase, por ejemplo, Peter Anton Zoettl, “The (il)legal Indian: the Tupinambá and the juridification of indigenous rights and lives in north-eastern Brazil”, *Social and Legal Studies*, vol. 25, núm. 1 (2016) (respecto al proceso en curso de demarcación de un territorio indígena, en que la Policía Federal y el poder judicial están persiguiendo y criminalizando a los dirigentes).

⁴² Robin Tress, “Policing protest: a double standard”, The Council of Canadians, 18 de octubre de 2020. Véase también Joanne Barker, *Red Scare: The State’s Indigenous Terrorist* (Oakland, California, University of California Press, 2021) (donde se detalla la manera en que los políticos de los Estados Unidos y el Canadá utilizan discursos de terrorismo contra los activistas indígenas).

⁴³ Global Witness, *Decade of Defiance: Ten Years of Reporting Land and Environmental Activism Worldwide* (2022). Véase también CAT/C/GTM/CO/7, párrs. 38 y 39 (“informaciones que denuncian el aumento significativo de las agresiones contra personas defensoras de derechos humanos y periodistas, [...] la mayoría contra defensores de los derechos de los pueblos indígenas”).

⁴⁴ Steve Grattan, “‘We must not show fear’: Colombia’s children learn to defend their way of life”, *The Guardian*, 25 de julio de 2022.

existe “superposición de reclamaciones”, como condiciones prolongadas de impunidad que parecen aprobar de forma tácita las violaciones y la represión conexas). Esa estrategia también convierte asuntos que, al menos inicialmente, deberían considerarse de derecho público (derechos sobre tierras y recursos de propiedad colectiva) en controversias de derecho privado, en las que pueden solicitarse y aplicarse sanciones penales contra los Pueblos Indígenas en relación con diversas órdenes judiciales, incluido el desacato penal derivado de litigios civiles. Este fenómeno se ha detectado específicamente en los litigios entre los Pueblos Indígenas y el sector privado en torno a los oleoductos en el Canadá⁴⁵, donde no es frecuente que las sentencias condenatorias se anulen en apelación⁴⁶.

15. En algunos territorios indígenas reconocidos por ley de Costa Rica ha estallado la violencia porque los propietarios indígenas están tratando de que se expulse a los ocupantes ilegales no indígenas. Hay casos en que entre el 80 % y el 90 % del territorio está ocupado ilegalmente, lo cual contraviene de forma inequívoca la legislación nacional al menos desde 1977⁴⁷. Los dirigentes indígenas son amenazados, atacados y asesinados simplemente por tratar de que se respeten sus derechos legítimos de propiedad⁴⁸. Eso incluye el incumplimiento de las órdenes judiciales que defienden los derechos indígenas. Los ocupantes ilegales interponen sus propias demandas o contrademandas y a veces obtienen órdenes judiciales de desalojo contra los Pueblos Indígenas. La violencia y las acciones conexas tienen un único propósito: infligir de manera intencionada un gran sufrimiento físico y mental para castigar a los Pueblos Indígenas por tratar de recuperar la posesión de unas tierras que les pertenecen por ley y para disuadirlos por la fuerza de hacerlo. El estado de derecho funciona con rapidez en el caso de los ocupantes ilegales, pero es prácticamente inexistente y se demora de forma injustificable en el caso de los Pueblos Indígenas, y, en lo que respecta al asesinato de destacados dirigentes indígenas, impera la impunidad⁴⁹.

C. Instrumentos y jurisprudencia internacionales pertinentes

Normas generales de derechos humanos

16. La realización de un examen completo de las normas y mecanismos internacionales aplicables excedería el alcance del presente documento⁵⁰. Gran parte de esas normas y mecanismos integran el derecho de los derechos humanos en general, que debería tener en cuenta las normas aplicables específicamente a los Pueblos Indígenas pertinentes, lo que incluye prestar más atención a los aspectos y

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Irina Ceric, “Beyond contempt: injunctions, land defense, and the criminalization of indigenous resistance”, *South Atlantic Quarterly*, vol. 119, núm. 2 (abril de 2020) (en relación con la forma en que las órdenes judiciales y el uso posterior de cargos por desacato esculpen un espacio claramente colonial dentro de la legislación canadiense para criminalizar la resistencia indígena, facilitando el acceso a los recursos y las tierras y el funcionamiento del capitalismo extractivo).

⁴⁶ Tribunal de Apelación de Columbia Británica, *Trans Mountain Pipeline ULC v. Mivasair*, causa núm. 2023 BCCA 299, sentencia de 25 de julio de 2023.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, Fergus MacKay y Alancay Morales Garro, “Violations of indigenous peoples’ territorial rights: the example of Costa Rica”, en *Equality and Non-Discrimination*, Antônio Augusto Cançado Trindade y César Barros Leal, eds. (Fortaleza, Brasil, Instituto Brasileño de Derechos Humanos, 2014).

⁴⁸ Véanse, por ejemplo, [A/HRC/51/28/Add.1](#); y Fred Pearce, “Lauded as green model, Costa Rica faces unrest in its forests”, *Yale Environment* 360, 21 de marzo de 2023.

⁴⁹ [A/HRC/51/28/Add.1](#), párrs. 36 a 39 y 47 y ss.

⁵⁰ Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Protesta y derechos humanos*.

daños colectivos⁵¹. Una parte considerable del marco normativo la constituyen los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas, en particular los que se recogen en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y han sido desarrollados por los órganos de tratados y los sistemas regionales. Además de los instrumentos regionales pertinentes (por ejemplo, el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, cuyo art. 7 15) exige que en la implementación del Acuerdo se garantice plenamente el respeto de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas), es pertinente la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos. En ella se establece que los Estados prevendrán “toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante” del ejercicio legítimo de los derechos humanos, y que toda persona será protegida por las leyes “al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos [...], así como a actos de violencia perpetrados por grupos o particulares”⁵².

17. Estas normas, a primera vista, excluyen el uso indebido del derecho penal en relación con el ejercicio de los derechos humanos o con la supresión o el castigo de la legítima defensa de los derechos humanos por los dirigentes indígenas y los miembros de sus comunidades. Sin embargo, lo que se entiende por uso indebido del derecho y los procedimientos penales, o el poder punitivo del Estado en términos más generales, es en parte el quid de la cuestión y probablemente se desarrollará más en el futuro en la jurisprudencia y las opiniones fidedignas. En principio, esto también se aplica al sector privado, cuestión que, entre otras, se aborda directamente en los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y los comentarios conexos. Los Pueblos Indígenas también pueden formular y aplicar leyes y medidas en su propia jurisdicción respecto a diversos aspectos de la criminalización, incluidas medidas para ocuparse de los delitos y las sanciones a nivel interno⁵³.

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha abordado con anterioridad los ataques contra los defensores de los derechos humanos en general⁵⁴ y la aplicación ilegítima de leyes “antiterroristas” al pueblo mapuche como medio para reprimir las protestas y la organización legítimas, la cual calificó de criminalización de la protesta indígena⁵⁵. Entre otras conclusiones, determinó que “[p]uede haber una aplicación discriminatoria” del derecho penal si la condena se basa en “estereotipos negativos”⁵⁶ y que “la sola utilización de esos razonamientos [...] [configuró] una violación del principio de igualdad y no discriminación”⁵⁷. El artículo 46 de la Declaración de las

⁵¹ *Ibid.*, párr. 22.

⁵² Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos, arts. 12 2) y 12 3); véase también el art. 17.

⁵³ Véase, por ejemplo, [CERD/C/106/D/61/2017](#) (en relación con las obligaciones de los Estados en lo que respecta a reconocer los sistemas jurídicos y las autoridades indígenas y dar efecto a los actos de estos).

⁵⁴ Véanse, por ejemplo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala*, sentencia de 28 de agosto de 2014; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Kawas-Fernández vs. Honduras*, sentencia de 3 de abril de 2009.

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014. Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*, sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 223.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 228.

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas contribuye a afianzar este principio general, pues establece que las limitaciones válidas de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas “no serán discriminatorias”. La Corte también puso de relieve las causas subyacentes, al afirmar que “resulta prioritario” que el Estado resuelva una serie de cuestiones relacionadas con los derechos sobre la tierra y otros derechos⁵⁸. El Comité contra la Tortura ha formulado observaciones similares⁵⁹.

19. Más recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó el enjuiciamiento de unos operadores de radio indígenas de la comunidad maya por usar frecuencias de radio⁶⁰, los cuales fueron acusados de robo (de frecuencias) por operar sin licencia de radio. Al evaluar la legitimidad de la acción del Estado, la Corte concluyó que era “imperioso tomar en cuenta” el derecho de los Pueblos Indígenas a fundar y operar sus propias emisoras de radio, que había leyes y prácticas discriminatorias que les impedían hacerlo y que el Estado no había aliviado ni corregido esa discriminación⁶¹. En relación con las razones válidas para limitar los derechos afectados (por ejemplo, el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral), la Corte consideró que la persecución penal era incompatible con las normas aplicables⁶². La Corte, que señaló que el derecho penal solo debería utilizarse “en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”⁶³, concluyó que los allanamientos contra las personas que operaban radios comunitarias, el decomiso de sus equipos y su persecución penal no resultaban ni idóneos ni necesarios⁶⁴. La persecución penal fue “desproporcionada, por cuanto afectó de forma excesiva la libertad de expresión y el derecho a participar” en la vida cultural maya, y restringió de forma ilegítima el derecho a la libertad de expresión⁶⁵. El mismo razonamiento podría aplicarse a la mayoría de los casos de criminalización de cualquiera de los dos tipos.

20. Se solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que explicara con más detalle la conclusión anterior mediante una sentencia de interpretación. La Corte recordó que había dictaminado que la detención, la persecución penal y la criminalización de las personas que operaban radios comunitarias eran innecesarias y desproporcionadas. Así, aclaró que, “de conformidad con una lectura integral de la Sentencia, se desprende que el Estado deberá abstenerse de enjuiciar a las personas por operar radios comunitarias indígenas”⁶⁶. El Estado “deberá eliminar las condenas y cualquiera de sus consecuencias relacionadas con las personas miembros de comunidades indígenas”⁶⁷. La Corte explicó además que “ha ordenado la reparación de “dejar sin efectos” sentencias internas en casos similares a este, en los que se constató una violación [...] por la imposición judicial de responsabilidades penales o civiles ulteriores contrarias al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”⁶⁸.

21. Estas cuestiones también suelen solaparse con las garantías destinadas a prevenir la tortura, que abarcan tanto la tortura como los tratos crueles, degradantes

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 182.

⁵⁹ [CAT/C/CHL/CO/6](#), párr. 19; y [CAT/C/68/D/882/2018](#) (2020), párr. 2.1.

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*, sentencia de 6 de octubre de 2021.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 167.

⁶² *Ibid.*, párr. 166.

⁶³ *Ibid.*, párr. 168.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 169.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 170.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblos Indígenas Maya Kaqchikel de Sumpango y otros vs. Guatemala*, sentencia de 27 de julio de 2022, párr. 39.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 45.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 46.

e inhumanos. El Comité contra la Tortura ha aplicado con anterioridad a los Pueblos Indígenas la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁶⁹, y hasta la fecha ha aprobado más de 25 recomendaciones⁷⁰. En una decisión de 2022, el Comité recomendó que México concediera una reparación respetuosa con “[la] cosmovisión [de la víctima] en cuanto integrante del pueblo indígena ayuujk” y favoreciera garantías de no repetición, incluidos el “examen sistemático de los procedimientos de detención e interrogatorio y el cese de la criminalización de la defensa de los derechos de los pueblos indígenas”⁷¹. Además, “el objetivo y el fin principal de la Convención es prevenir la tortura, no repararla cuando ya ha ocurrido”⁷². Para ello es necesario evaluar sistemáticamente los marcos jurídicos, las instituciones y las políticas de los Estados, en particular en lo que respecta a la criminalización (de conformidad con el artículo 11 de la Convención).

22. Este tipo de análisis no es exclusivo del Comité contra la Tortura, pues todos los instrumentos de derechos humanos exigen que la legislación nacional se evalúe y, en caso necesario, se modifique para cumplir las obligaciones dimanantes de los tratados. De manera más general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también “resalta la necesidad de que los representantes y autoridades de los pueblos indígenas participen activamente en la formulación, implementación y evaluación de la política criminal de los Estados y que se establezcan relaciones de diálogo y cooperación entre estas autoridades y la justicia ordinaria”⁷³. En líneas generales, eso está en consonancia con los artículos 3, 4, 5, 18, 19 y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como con los requisitos de hacer efectivos la participación y el consentimiento de los Pueblos Indígenas en virtud de los instrumentos generales de derechos humanos⁷⁴.

23. Ambos tipos de criminalización son importantes en el sector de la conservación, en particular en lo que se refiere a las leyes sobre las zonas protegidas, la fauna y la flora silvestres y otros asuntos relacionados con la biodiversidad. En muchos casos se criminaliza la ocupación tradicional, así como los medios de subsistencia tradicionales y de otro tipo, las prácticas culturales y espirituales y los sistemas de gobernanza tradicionales para el control y la gestión de las tierras. Como han señalado diversas autoridades, eso es tanto innecesario como desproporcionado, dado que los derechos humanos de los Pueblos Indígenas y los objetivos de conservación son compatibles, y las pruebas también respaldan la opinión de que menoscabar o negar los derechos humanos de los Pueblos Indígenas socava esos objetivos de conservación⁷⁵. En ese sentido, la aprobación del Marco Mundial de Biodiversidad de

⁶⁹ Véanse, por ejemplo, [CAT/C/72/D/992/2020](#); [CAT/C/68/D/882/2018](#); y [CAT/C/GC/2](#), párr. 21 (“La protección de ciertas personas o poblaciones minoritarias o marginadas que corren mayor peligro de ser torturadas forma parte de la obligación de impedir la tortura y los malos tratos. Los Estados Partes deben velar por que [...] sus leyes se apliquen en la práctica a todas las personas, [cualquiera] que [sea] su [...] pertenencia a una comunidad indígena”).

⁷⁰ Véanse, por ejemplo, [CAT/C/NIC/CO/2](#); [CAT/C/BOL/CO/3](#); [CAT/C/CAN/CO/7](#); [CAT/C/GTM/CO/7](#); [CAT/C/BGD/CO/1](#); [CAT/C/NAM/CO/2](#); [CAT/C/PAN/CO/4](#); [CAT/C/NOR/CO/8](#); [CAT/C/CHL/CO/6](#); [CAT/C/COL/CO/5](#); [CAT/C/COG/CO/1](#); y [CAT/C/NZL/CO/6](#).

⁷¹ [CAT/C/72/D/992/2020](#), párr. 9 c) y e).

⁷² [CAT/C/68/D/882/2018](#), párr. 8.10.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-29/22, 30 de mayo de 2022, párr. 287.

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, [CCPR/C/137/D/3585/2019](#); y [CERD/C/102/D/54/2016](#).

⁷⁵ [A/HRC/34/49](#), párr. 59 (“Se ha demostrado que la protección de los derechos humanos de las poblaciones indígenas y las comunidades locales tiene como resultado una mejor protección de los ecosistemas y la diversidad biológica. Por el contrario, tratar de conservar la diversidad biológica excluyéndolas de una zona protegida suele traducirse en fracaso. En resumidas cuentas, el respeto de los derechos humanos [debe] considerarse complementario y no contrapuesto a la protección del medio ambiente”).

Kunming-Montreal es un avance importante. Al aplicarlo, “deben respetarse” los derechos de los Pueblos Indígenas “de conformidad con la legislación nacional pertinente, los instrumentos internacionales, incluida la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el derecho de los derechos humanos”⁷⁶. Para que los Estados cumplan las metas establecidas en el Marco, se necesita una evaluación participativa y, en caso necesario, se deben modificar o derogar las leyes, políticas y prácticas nacionales que violen los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, y esto es doblemente cierto, y más urgente, en lo que respecta a las sanciones penales.

Principios de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

24. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no hace referencia a la criminalización como tal. No obstante, los artículos 1 y 2 disponen sin ambigüedades, respectivamente, que “[l]os indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” y que los pueblos y las personas indígenas “son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas”. Estos dos artículos proporcionan una base suficiente para abordar la mayoría de los casos de criminalización, más aún si se leen junto con otras disposiciones. Además, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas explica que la “aplicación de la [Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas] debe considerarse como un marco para la reconciliación y como un medio de hacer efectivo el acceso de los pueblos indígenas a la justicia”, ambos pertinentes en este contexto⁷⁷. También existe una relación directa con los problemas de acceso a la justicia (tanto a los sistemas de justicia indígenas como a los estatales) y las tasas desproporcionadas de sentencias condenatorias y encarcelamiento, así como con el trato que reciben los Pueblos Indígenas en los sistemas penitenciario y de justicia penal más en general⁷⁸.

25. Además, cualquier sanción penal relativa al ejercicio de los derechos humanos garantizados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es intrínsecamente sospechosa y probablemente inválida, y los artículos 18, 19, 38 y 40 requerirían que se estudiara y corrigiera la criminalización en las leyes y prácticas nacionales, en particular mediante la reparación judicial efectiva y otros tipos de reparación. Asimismo, según el artículo 46, el ejercicio de los derechos contemplados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas “estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática”. Esto limita enormemente los casos permisibles de criminalización del ejercicio de los derechos garantizados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas o

⁷⁶ CBD/COP/15/L.25, párr. 8.

⁷⁷ Véase Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (ACNUDH), “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas” (Opinión núm. 5 del Mecanismo de Expertos), párr. 1, en *Opiniones temáticas del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas: compilación 2009-2013* (Ginebra, ACNUDH, 2013).

⁷⁸ Véase, por ejemplo, Stephen G. Baines, “Disrespecting indigenous rights in the prison system of Roraima state, Brazil”, *Études Rurales*, vol. 196 (2015).

de ciertos aspectos de ellos, y, de forma más general, el mismo principio se aplicaría a los derechos garantizados en otros instrumentos internacionales⁷⁹.

Acceso a la justicia

26. Según el artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos”⁸⁰. Los derechos de acceso a la reparación, en particular en lo que respecta a diversas formas de criminalización, están bien desarrollados en el derecho de los derechos humanos, aunque exista una gran brecha de aplicación. El reconocimiento y el respeto de las leyes, las autoridades y los procedimientos indígenas, incluidos los de resolución interna de delitos y atención a las víctimas de criminalización, están menos desarrollados en el derecho de los derechos humanos y la jurisprudencia correspondiente, si bien la situación está mejorando. Al respecto, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas recuerda que, de conformidad con el derecho a la libre determinación, los Pueblos Indígenas “deben tener acceso a la justicia a nivel externo, de los Estados, e interno, a través de los sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas”⁸¹.

27. La Corte Interamericana de Derechos Humanos explica que la obligación de los Estados de proporcionar un recurso judicial implica, en primer lugar, “consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos” y, en segundo lugar, “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos”⁸². Esto último supone un problema considerable y socava en gran medida la igual protección ante la ley y el acceso a la justicia de muchos Pueblos Indígenas. Además, los Estados tienen la obligación de reconocer y garantizar por ley los derechos humanos colectivos de los Pueblos Indígenas, y los recursos disponibles deberían ofrecer “una posibilidad real para que [...] puedan defender sus derechos y puedan ejercer el control efectivo de su territorio”⁸³. En 2020, la Corte observó que “la garantía adecuada de la propiedad comunitaria [...] comporta [...] [el] respeto de la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas sobre sus tierras”⁸⁴. Si bien ambos elementos no suelen estar reconocidos de forma adecuada en la legislación nacional, el segundo normalmente no se tiene en cuenta o presenta graves deficiencias, y eso da lugar a la criminalización de actos legítimos de las autoridades indígenas. En algunos casos, eso incluye la criminalización de los sistemas de justicia indígenas.

⁷⁹ Véase también [A/HRC/22/28](#).

⁸⁰ Véanse también los arts. 8 2), 11 2), 12 2), 13 2), 15 2), 20 2), 27, 28, 31 2) y 32 3) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁸¹ [A/HRC/24/50](#), párr. 5, y también el párr. 19 (según el cual, en relación con “el acceso a la justicia, la libre determinación afirma el derecho de estos pueblos a mantener y reforzar las instituciones jurídicas indígenas y a aplicar sus propias costumbres y leyes”).

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, párr. 239.

⁸³ *Ibid.*, párr. 240.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020, párr. 153.

28. Una novedad positiva reciente es la decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en un caso relacionado con el legado discriminatorio y los efectos contemporáneos de la Ley sobre la Población India del Canadá. El Comité, además de reconocer la validez de la ley indígena en lo que respecta a la composición, observó que la Ley perpetúa “una diferencia de trato hacia los descendientes de mujeres indígenas que se vieron privadas en el pasado de su estatuto, lo cual constituye un caso de discriminación transgeneracional”⁸⁵. Este concepto tiene claras ramificaciones respecto de diversos actos y omisiones históricos y los efectos actuales de estos, incluida la criminalización y sus repercusiones transgeneracionales e intergeneracionales y el trauma conexo⁸⁶. También repercute en el sistema de justicia penal, entre otros, habida cuenta de las tasas de encarcelamiento enormemente desproporcionadas que afectan a los Pueblos Indígenas, en particular a las mujeres indígenas, en algunos países⁸⁷. Existen numerosos estudios sobre este tema⁸⁸, en algunos de los cuales se indican causas concretas (por ejemplo, el racismo en el sistema de justicia penal), pero en pocos se examina el marco más amplio de los derechos humanos colectivos de los Pueblos Indígenas o se articulan soluciones correctivas dentro de dicho marco⁸⁹. Este marco debería incluir a) los requisitos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de que los derechos indígenas se garanticen por igual a hombres y mujeres y de que se preste particular atención a las necesidades de las mujeres y la infancia, de conformidad con sus artículos 44 y 22, respectivamente; y, más en general, b) el análisis de género establecido en la recomendación general núm. 39 (2022) del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, relativa a los derechos de las mujeres y las niñas indígenas⁹⁰. Cuestiones similares también parecen ser pertinentes en relación con el hecho de que los Pueblos Indígenas, y, una vez más, las mujeres en particular, sufren por lo general tasas más elevadas de delitos violentos y respuestas manifiestamente inadecuadas en el sistema de justicia penal⁹¹.

29. Otra decisión positiva es la del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el caso *Yaku Pérez Guartambel c. Ecuador*. Se refiere a las obligaciones de los Estados de reconocer los sistemas jurídicos y las autoridades indígenas y de dar efecto a las medidas resultantes (se citan específicamente los arts. 3, 4, 5, 11, 33 y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas). Esos derechos responden al “pluralismo jurídico”, según el cual la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal coexisten, a través de diferentes

⁸⁵ CEDAW/C/81/D/68/2014, párr. 18.3.

⁸⁶ Véase, por ejemplo, Chloe Ortiz, “Indigenous incarceration as an extension of colonization”, in *2022 Annual Report: Impact of Law and Policy on Prison Environmental Justice*, David N. Pellow, ed. (University of California, Santa Barbara, 2022).

⁸⁷ Véase, por ejemplo, CAT/C/NZL/CO/7, párr. 31 (“alrededor del 50 % de la población carcelaria total es maorí, si bien los maoríes constituyen el 17 % de la población total”).

⁸⁸ Una obra de consulta muy útil es Chris Cunneen y Juan Tauri, *Indigenous Criminology* (Bristol, Policy Press, 2016), en particular el capítulo 6, titulado “Reconceptualizing sentencing and punishment from an indigenous perspective”.

⁸⁹ Se observa una excepción en Valmaine Toki, *Indigenous Courts, Self-Determination and Criminal Justice* (Nueva York, Routledge, 2018) (que contiene un análisis de las tasas desproporcionadas de encarcelamiento y reincidencia y propone como solución la institución de tribunales indígenas basados en conceptos indígenas de lo que constituyen conductas y castigos adecuados).

⁹⁰ Véase también Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia de 31 de agosto de 2010 (para garantizar el acceso a la justicia a los miembros de comunidades indígenas, “es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”).

⁹¹ Véase, por ejemplo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Mujeres indígenas desaparecidas y asesinadas en Columbia Británica, Canadá* (OEA/Ser.L/V/II.Doc.30/14).

autoridades⁹². El Comité decidió que esto formaba parte de “la necesaria cooperación y coordinación que debe ser el núcleo de la relación entre el sistema [del Estado] y el sistema indígena —este último emanando [entre otras cosas] [...] del derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno”⁹³. Asimismo, el artículo 35 de la Declaración establece que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades” y el artículo 34 reconoce el “derecho a promover, desarrollar y mantener sus [...] costumbres o sistemas jurídicos”. Estos principios proporcionan una base adecuada para desarrollar o mejorar los mecanismos y procedimientos indígenas para abordar diversos aspectos del acceso a la justicia, la criminalización y el trato culturalmente apropiado, incluido el abordaje del trauma.

III. Conclusiones y recomendaciones

30. La Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia explicó que “[l]a criminalización de los pueblos indígenas [...] sobre una base racial ya es una estrategia común que utilizan los Gobiernos y las empresas para reprimir y eliminar la oposición a los proyectos extractivistas”⁹⁴. Asimismo, la ex Relatora Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, al presentar su informe al Consejo de Derechos Humanos en 2018, poco después de que tanto ella como otra exmiembro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas fueran calificadas ilegítimamente de “terroristas”, explicó que la cuestión de la criminalización de los Pueblos Indígenas constituye una crisis mundial⁹⁵. Sus recomendaciones siguen siendo válidas y conforman una base y un marco sólidos para la acción.

31. Se insta a los Estados y a otros actores pertinentes a que, al examinar el informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, consideren las recomendaciones siguientes:

a) Efectuar exámenes exhaustivos de las leyes nacionales, de modo que puedan aprobar leyes para garantizar el respeto de las debidas garantías procesales y recursos efectivos y derogar las leyes y los procedimientos penales que vulneren el principio de legalidad y estén en contradicción con las obligaciones internacionales relativas a los Pueblos Indígenas⁹⁶. En esos exámenes se deberían abarcar todos los derechos indígenas y es necesaria la participación efectiva de los Pueblos Indígenas;

b) Evaluar los mecanismos existentes de protección de los defensores de los derechos humanos, incluidos los dirigentes y defensores indígenas, teniendo en cuenta que “[l]as recientes evaluaciones de esos programas han puesto de relieve la

⁹² CERD/C/106/D/61/2017, párr. 4.6.

⁹³ *Ibid.*, párr. 4.12.

⁹⁴ A/HRC/41/54, párr. 60 (“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos condenó casos de esa criminalización en, entre otros, la Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, el Ecuador, Guatemala, México, el Perú y Venezuela (República Bolivariana de). En una comunicación recibida de Filipinas se denunciaba la tortura, el hostigamiento, la violación y el asesinato de pueblos indígenas por fuerzas militares y paramilitares encargadas de proteger los proyectos de inversión, aparentemente a toda costa”).

⁹⁵ Véase, por ejemplo, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, “Declaración en respuesta a las acusaciones de terrorismo contra Relatores Especiales de la ONU”, 15 de marzo de 2018. Véase también CERD/C/PHL/CO/21-25, párr. 23 (entre otras cosas, “preocupa al Comité que las disposiciones de la Ley de Lucha contra el Terrorismo, de 2020, por la vaguedad de su formulación, puedan utilizarse con fines de acoso judicial, lo que a su vez puede fomentar la práctica del perfilamiento contra [...] los Pueblos Indígenas por parte de las autoridades penales”).

⁹⁶ A/HRC/39/17, párr. 91 d).

importancia de adoptar medidas de protección colectivas y apropiadas desde el punto de vista cultural para los pueblos indígenas y la necesidad de tener en cuenta los aspectos de prevención y hacer frente a las causas profundas de la violencia⁹⁷;

c) Apoyar los sistemas de gobernanza de los Pueblos Indígenas, incluidos sus programas de protección (por ejemplo, la Guardia Indígena en Colombia). Eso puede abarcar el desarrollo ulterior de iniciativas indígenas de justicia restaurativa o iniciativas similares, incluidas las que se concentran en las mujeres, la juventud y la infancia⁹⁸;

d) Ofrecer medidas apropiadas de acceso a la justicia a las personas encarceladas por ejercer sus derechos colectivos, como el uso y la gestión de sus tierras y recursos, y de las que son objeto de acusaciones falsas que pretenden silenciarlas.

32. La criminalización afecta al logro de diversos Objetivos de Desarrollo Sostenible y al ejercicio de derechos humanos interconectados. Por ello, en consonancia con los artículos 41 y 42 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se insta a los organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas a que adopten las medidas siguientes:

a) Todos los organismos, fondos y programas deberían examinar, como se ha propuesto en el presente documento, y apoyar las medidas conexas, entre otras cosas, en los programas de las Naciones Unidas a nivel de los países y la ejecución de dichos programas, y en la ejecución del plan de acción para todo el sistema a fin de asegurar un enfoque coherente para lograr los fines de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁹⁹;

b) Las oficinas regionales y nacionales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y las oficinas de los coordinadores residentes de las Naciones Unidas deberían recopilar datos sobre la criminalización y apoyar las reformas encaminadas a erradicar esta práctica mediante la promoción de ejemplos positivos de iniciativas para prevenir e invertir la criminalización y sus consecuencias y ofrecer reparación¹⁰⁰;

c) La oficina de la Subsecretaria General de Derechos Humanos, que se encarga de adoptar medidas contra las represalias, debería prestar atención a los riesgos y a la criminalización de los representantes indígenas que participan en las reuniones de las Naciones Unidas y adoptar medidas para facilitar la protección de las víctimas de represalias;

d) La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), entre otras entidades, deberían prestar especial atención al hecho de que es muy probable que la legislación que criminaliza la ocupación de las tierras tradicionales, los medios de subsistencia y las ocupaciones tradicionales indígenas y

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 81.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, Heather Sauyaq Jean Gordon y Ranjan Datta, “Restorative justice in the arctic: indigenous knowledge for healing communities”, diciembre de 2020.

⁹⁹ E/C.19/2016/5, párr. 23.

¹⁰⁰ Véase, por ejemplo, Gobierno Federal del Brasil, resolución núm. 287, de 25 de junio de 2019, que establece procedimientos para el trato de las personas indígenas acusadas, imputadas, condenadas o privadas de libertad, y da directrices para asegurar los derechos de esa población en el ámbito penal del poder judicial (se puede consultar en <https://bit.ly/37HBM7>).

las prácticas de conservación sostenibles contravenga una serie de derechos protegidos¹⁰¹. Las entidades también deberían prestar atención a las repercusiones específicas para las mujeres indígenas y establecer programas y políticas adecuados para resolver el problema. Existen razones sólidas para suponer que tales leyes son ilegítimas y, en consecuencia, deben ser derogadas con carácter prioritario.

33. En los planes de acción nacionales para aplicar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se deben abordar las cuestiones relacionadas con la criminalización y las disposiciones necesarias para apoyar las medidas de protección de los Pueblos Indígenas y los sistemas y políticas para atenderlos.

34. Respecto de los órganos de tratados y los procedimientos especiales de las Naciones Unidas, se recomienda lo siguiente:

a) Que los órganos de tratados presten especial atención, cada vez en mayor medida, a la criminalización al examinar los informes de los Estados, y destaquen esas cuestiones en los diálogos interactivos con los Estados, en sus observaciones generales y recomendaciones y al adoptar decisiones sobre las comunicaciones, así como las cuestiones relacionadas con el daño y el trauma, incluidos el daño y el trauma intergeneracionales y transgeneracionales;

b) Que el Comité contra la Tortura elabore una observación general sobre los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, en particular en lo relativo a la criminalización, y destaque la necesidad de que se adopten medidas concretas para prevenir y remediar esa práctica, en particular en lo relativo al artículo 11 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;

c) Que los procedimientos especiales, en el marco de sus respectivos mandatos, sigan abordando la criminalización que afecta a los Pueblos Indígenas y mejorando su examen de esta;

d) Que el Grupo de Trabajo sobre empresas y derechos humanos lleve a cabo un estudio específico sobre la criminalización de los Pueblos Indígenas en el contexto de las operaciones de las empresas.

35. Asimismo, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas tal vez desee estudiar la posibilidad de adoptar las medidas que se indican a continuación para seguir examinando esta cuestión:

a) Celebrar una reunión de un grupo de expertos sobre la criminalización y los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, que cuente con la participación de organismos y órganos de las Naciones Unidas, los Estados y expertos indígenas, con el fin de que se recomienden más medidas específicas que podría adoptar el sistema de las Naciones Unidas;

b) Encargar un estudio preliminar sobre la discriminación y el daño transgeneracionales e intergeneracionales, en particular en lo que respecta a diversas formas de criminalización y sus efectos. En el estudio también se podrían examinar las tasas alarmantemente desproporcionadas de prisión preventiva, encarcelamiento y reincidencia de los Pueblos Indígenas, incluidas las causas subyacentes y los recursos jurídicos que pueden aplicarse desde la óptica de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y las normas conexas de derechos humanos.

¹⁰¹ Véanse, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, art. 20; y [CCPR/C/135/D/3624/2019](#), párr. 8.13.