



1. Evaluar los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones

1.1. Por qué incluir los derechos de los pueblos indígenas en la constitución

Una constitución refleja los valores y la historia de un Estado, así como los objetivos a los que aspira en el futuro. Como ley suprema de un Estado, la constitución define su estructura e instituciones, distribuye el poder político, y reconoce y protege derechos fundamentales, determinando de manera crucial la relación entre la ciudadanía y los gobiernos². Incorporar en la constitución el reconocimiento y la protección basada en derechos de grupos específicos tales como los pueblos indígenas puede proporcionar a tales grupos y a sus derechos una mayor protección. Además, dicha protección puede fortalecerse mediante instituciones y procesos especializados orientados a la puesta en práctica de tales derechos. Como ha notado Eva Josefsen, Profesora Asociada de la Universidad de Tromsø, si algo es importante, ello es disponer de una base legal, que es una base mucho más concreta que cualquier decisión del gobierno (Watson y Quince, 2018). Desde luego, una constitución es la base más sólida para asegurar que los derechos de los pueblos indígenas estén protegidos y sean promovidos.

La constitución puede apoyar el avance de los pueblos indígenas en la vida política, económica y social, puesto que regula las relaciones no solo entre el Estado y la ciudadanía, sino también entre individuos, organizaciones y empresas. Las constituciones pueden contribuir al respeto de los derechos de los pueblos indígenas de muchas formas, como muestra esta herramienta de evaluación, pero hay algunas medidas que son fundamentales:

- Las constituciones pueden incluir cláusulas claras y ejecutables que protejan los derechos humanos fundamentales, al obligar a las autoridades públicas a proteger y satisfacer estos derechos, y servir como un claro indicador del compromiso del Estado con los derechos de los pueblos indígenas. Puede tratarse de derechos humanos universales —tales como la no discriminación y la igualdad— o específicos de los pueblos indígenas, como el derecho a la educación en su lengua materna, o el derecho al reconocimiento de sus instituciones tradicionales, y de esquemas de propiedad especializados para tierras y propiedad intelectual.
- Los pueblos indígenas tienen un estatus legal propio según el derecho internacional, y un conjunto correspondiente de derechos especiales. Las constituciones también pueden garantizar, en el derecho nacional, las obligaciones contraídas por el gobierno en tratados y otros acuerdos. Dado su carácter vinculante para toda la ciudadanía, incluidos los agentes del gobierno, las constituciones son particularmente importantes para asegurar el compromiso legal con los derechos y las disposiciones contenidos en instrumentos internacionales no vinculantes, tales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNUDPI). Aunque las declaraciones y las ratificaciones de tratados representan un cierto compromiso con principios y normas generales, las constituciones representan un compromiso exigible legalmente con respecto a ciertos derechos y protecciones a nivel estatal. Así, el reconocimiento de los pueblos indígenas como titulares de derechos en la constitución de un Estado los capacita para exigir a los gobiernos que rindan cuentas sobre la protección y la promoción de sus derechos.
- Al reconocer los derechos y la igualdad de los pueblos indígenas, las constituciones envían una potente señal de los valores del Estado a su población, incluidos los grupos que se resisten a las políticas orientadas a la promoción de tales derechos. El reconocimiento de múltiples idiomas y culturas nacionales en la constitución es también indicativo de una idea particular respecto de quién forma parte del “pueblo” de un Estado nación.

2 Para una introducción a las constituciones, véase *¿Qué es una constitución? Principios y conceptos* (Bulmer, 2021). La serie completa Guías Introductorias para la Elaboración Constitucional de IDEA Internacional está disponible en <www.constitutionnet.org/primers>. Véase también el breve video “¿Qué es una constitución?”, en <<https://youtu.be/KIWkAWER0l0>>.

- El hecho de que una constitución sea más difícil de reformar que las leyes ordinarias y no esté sujeta a las cambiantes preferencias de los políticos y sus partidos significa que las disposiciones concretas para proteger y promover los derechos de los pueblos indígenas son más efectivas que la legislación ordinaria en sí misma.
- Las disposiciones constitucionales que protegen los derechos de los pueblos indígenas tienen la capacidad de influir en el contenido de la legislación y de las políticas públicas, e incrementan las posibilidades de que los tribunales decidan a favor de los derechos de los pueblos indígenas. Las constituciones declaran importantes principios legales que pueden ser aplicados e interpretados positivamente por los tribunales y la judicatura, así como por los entes legislativos.
- Las constituciones pueden reconocer más de una fuente de derecho y capacitar a distintos legisladores; por ejemplo, reconociendo el derecho consuetudinario, o la exigibilidad y validez de acuerdos y tratados históricos, o el derecho de los pueblos indígenas a formar nuevos acuerdos.
- Las constituciones pueden establecer instituciones y asignarles poderes particulares (por ejemplo, una comisión de los pueblos indígenas o un representante u órgano consultivo especializado para promover las perspectivas y los derechos de los pueblos indígenas en el gobierno). El diseño de instituciones políticas y procesos administrativos es esencial para conseguir la igualdad sustantiva y apoyar los derechos de los pueblos indígenas. Diseñar instituciones y procesos accesibles, representativos y conocedores de las realidades de los pueblos indígenas implica tener en cuenta la manera en que tales procesos e instituciones pueden afectar a, e interactuar de manera diferente con, las poblaciones indígenas y las que no lo son. Ejemplos de tal diseño responsable incluyen sistemas electorales que faciliten la elección de representantes indígenas por la vía de sus prácticas consuetudinarias, mecanismos judiciales que faciliten el nombramiento de jueces indígenas o el establecimiento de entidades de supervisión independientes como una Comisión para los Derechos de los Pueblos Indígenas, y reglas procesales que promuevan el acceso a la justicia de los pueblos indígenas y de otras comunidades marginadas.
- Las constituciones pueden establecer nuevos niveles de gobierno, fuentes de autonomía y divisiones territoriales en un país, lo que permite hacer realidad los derechos de autodeterminación, autonomía y autogobierno para los pueblos indígenas. Para ello, por ejemplo, se pueden reconocer áreas autónomas dentro del territorio nacional.
- Reconocer constitucionalmente la identidad, los derechos y los procesos especializados de los pueblos indígenas, junto a la consagración constitucional de la igualdad y la no discriminación, puede ser transformador. Los Estados que se han forjado por la vía de la colonización o el conflicto arrastran con frecuencia una historia de discriminación, despojo y exclusión de los pueblos indígenas. Considerando estos antecedentes, las constituciones pueden incorporar disposiciones orientadas a reparar los abusos del pasado reconociendo de forma afirmativa a los pueblos indígenas y protegiendo sus derechos, de manera que se evite la continuación de las injusticias, la discriminación y la exclusión. Cuando tales disposiciones, derechos y medidas se incluyen en la constitución, constituyen una forma de comprometerse a respetar los principios de equidad e inclusión. En Estados en que los pueblos indígenas son minoría, las medidas de reconocimiento y protección constitucional de sus derechos son particularmente importantes, pues son una manera de garantizar que los pueblos indígenas prosperen como pueblos diferenciados dentro del Estado, y que participen a la vez de manera equitativa en los procesos democráticos y las instituciones del Estado en condiciones de igualdad.

1.2. Por qué y cuándo es útil una herramienta para evaluar los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones

Los derechos de los pueblos indígenas son complejos y tienen múltiples facetas, pues pueden involucrar distintas áreas de la constitución; por ejemplo, la representación en las instituciones, el derecho a la tierra y a los recursos naturales, y derechos a las prácticas e instituciones tradicionales de justicia. No se trata simplemente de preguntarse si una constitución protege los derechos de los pueblos indígenas o no. Es necesario hacer un análisis sistemático que permita evaluar la constitución tanto desde un punto de vista general como a través de las diversas áreas importantes para los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Esta herramienta de evaluación fue diseñada principalmente para proporcionar un marco y una metodología para tal análisis. Evaluar una constitución es relevante en cualquier momento durante su vigencia, ya que la elaboración constitucional se define en la actualidad, de manera amplia, como un proceso histórico y a largo plazo. No es un acontecimiento y no es equivalente al proceso constituyente, es decir, al período en que se redacta la constitución. El proceso de elaboración de una constitución incluye el establecimiento de instituciones, procedimientos y reglas para la creación y redacción de la constitución, el acto de otorgarle efecto legal, y su puesta en práctica (Böckenförde, Hedling y Wahi, 2011, pág. 2). En ese sentido, es importante que la ciudadanía tenga un entendimiento general sobre su constitución y sobre la manera en que dicha constitución protege sus derechos e intereses. Esta comprensión es la base de la participación ciudadana en los procesos de gobierno, y también permite abogar en favor de una mejor aplicación de la constitución y, en ciertas situaciones, en favor de su reforma.

Las constituciones solo adquieren realidad a ojos de la ciudadanía cuando se aplican de manera efectiva, de modo que para evaluar una constitución es necesario ver más allá del texto en sí y examinar las instituciones, leyes y decisiones de los tribunales que consiguen o no transformar de hecho los compromisos constitucionales. Aunque esta herramienta de evaluación no aborda el proceso de elaboración constitucional en su totalidad, sí prepara a los defensores de los derechos de los pueblos indígenas para que su participación en el proceso sea más efectiva. La herramienta de evaluación lleva a cabo esta tarea permitiendo a los usuarios familiarizarse en profundidad con una constitución o un proyecto constitucional, dirigiendo su atención al abanico de asuntos que una constitución puede abordar, informándoles sobre buenas prácticas implementadas alrededor del mundo y ayudándolos a identificar prioridades. Si los defensores de los derechos de los pueblos indígenas conocen lo que dispone la constitución al respecto, podrán controlar mejor la conducta y el desempeño de las instituciones y los actores políticos, y asegurarse de que respeten la constitución.

Esta herramienta de evaluación permite identificar no solo las áreas en que las reformas constitucionales podrían ser adecuadas, sino también aquellas áreas en que la reforma a nivel subconstitucional (o legislativo) podría ser apropiada durante el proceso de elaboración constitucional a más largo plazo. En este sentido, una de las conclusiones que podrían surgir tras el uso de esta herramienta de evaluación podría indicar, de hecho, la necesidad de aprobar una nueva ley o política pública en vez de abogar por una reforma constitucional.

Uso de la herramienta de evaluación en el contexto de la reforma constitucional

A medida que el derecho internacionalmente reconocido a la participación se ha expandido para incluir la reforma constitucional, la aparición de procesos de elaboración constitucional cada vez más abiertos y participativos se ha convertido en norma, y tales procesos se consideran cruciales para dar legitimidad a una nueva constitución. La reforma constitucional, anteriormente un proceso cerrado y dirigido por élites, es ahora, en la mayoría de los casos, un proceso participativo en grados variables.

En tales procesos participativos de reforma constitucional, el rol de la ciudadanía es clave, por lo cual se debe disponer de mecanismos educativos y de participación ciudadana que promuevan la comprensión de los temas centrales y del propio proceso. Ello incluye frecuentemente mecanismos formales de consulta al público para promover el aporte de la ciudadanía al contenido de la nueva constitución o de la enmienda constitucional en cuestión. Los referéndums en los que el público puede votar para aceptar o rechazar el proyecto de constitución o la propuesta de enmienda son también cada vez más frecuentes. Estos mecanismos, diseñados para hacer más democrática la elaboración constitucional involucrando a la ciudadanía y a organismos elegidos democráticamente, disponen de espacios abiertos para la participación de todas las personas, incluidos los pueblos indígenas. La reforma constitucional no concierne únicamente a abogados constitucionales y políticos de alto nivel, sino que toda la ciudadanía tiene derecho a participar en la elaboración de la constitución, y a opinar respecto de su contenido y aplicación. No es necesario contar con ninguna titulación académica ni con experiencia política o una determinada posición social.

Los procesos de participación han abierto un espacio para que los pueblos indígenas participen como representantes electos y miembros de partidos políticos, como miembros de la sociedad civil y de las universidades, y como ciudadanos, ciudadanas y votantes en procesos de reforma constitucional. En todo el mundo, la reforma constitucional ha proporcionado la oportunidad de redefinir el alcance de lo que se considera “un ciudadano o una ciudadana” y de abogar por una comprensión de los derechos humanos más amplia. Los grupos marginados, tales como las personas LGBTI, las minorías étnicas y religiosas, las mujeres y las personas económicamente desfavorecidas, han usado con éxito la ventana de oportunidad creada por la reforma constitucional para luchar por la protección constitucional de sus derechos. Los pueblos indígenas, desde luego, también forman parte de tales grupos. Así, la constitución es un importante indicador del compromiso del Estado con el respeto, la protección y la realización de los derechos de los pueblos indígenas, y un mecanismo esencial a través del cual presionar para profundizar dicho compromiso a través del tiempo. En el caso de los pueblos indígenas, el poder transformador de las constituciones (si se canaliza adecuadamente) también puede tener un impacto positivo en los procesos de reconciliación y de justicia transicional entre los gobiernos y los pueblos indígenas, lo que contribuye a los procesos de construcción del Estado y otorga una mayor riqueza al contrato social.

Los derechos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a ser consultados antes del desarrollo de planes, leyes y decisiones que los afecten como pueblo, por lo cual es muy importante asegurarse de que participen en la elaboración constitucional, en general, y en los procesos de reforma constitucional, en particular. Todas las medidas constitucionales y legislativas para el reconocimiento y la protección de los derechos de los pueblos indígenas deben negociarse y ponerse en práctica en colaboración con los dichos pueblos, con el objetivo de obtener su consentimiento de buena fe. Un enfoque participativo de la reforma constitucional, que promueva que los pueblos indígenas puedan participar —e influir— en los procesos de aprobación de leyes y de toma de decisiones del Estado, es también una vía para que ejerzan su derecho a la autodeterminación (APF y ACNUDH, 2013, pág. 22). Para ello, es necesario que los pueblos indígenas cuenten con el respeto y los medios para tomar decisiones que determinen su propio estatus económico, social y político. El Relator Especial ha declarado que “Los pueblos indígenas logran mejorar sus derechos ciudadanos en la medida en que participan democráticamente en el proceso político y en los asuntos del Estado.” (Naciones Unidas, 2006, párr. 15).

Pese a tener un claro derecho a participar en las reformas constitucionales, las constituciones —y cómo afectan las vidas de las personas— siguen siendo difíciles de comprender para muchas personas, especialmente para quienes se han enfrentado a una marginalización histórica. La lectura del texto de una constitución puede resultar abrumadora, y el impacto y las consecuencias de las disposiciones constitucionales pueden ser difíciles de prever. Sin herramientas que ayuden a examinar la constitución vigente, los proyectos bajo consideración y las posibilidades de reforma, no es fácil para quienes no son especialistas entender el contexto constitucional y de gobernanza actual, o contribuir de forma sustantiva a los procesos de reforma. Esta herramienta de evaluación fue desarrollada para ayudar en ese proceso y para garantizar que los pueblos indígenas puedan promover y participar en la reforma constitucional.