



2. Cómo usar la herramienta de evaluación

2.1. Cómo comenzar la evaluación

Un individuo o un grupo pueden evaluar la constitución usando esta herramienta de evaluación. Puede ser útil trabajar en grupo a la hora de discutir temas complejos, como el significado de una disposición o su borrador o el alcance de un determinado problema en un país determinado, o a la hora de establecer se aborda un tema en particular en la legislación ordinaria.

Para usar la herramienta de evaluación, los usuarios deben disponer de una copia de la constitución o del borrador constitucional que debe ser evaluado. También es útil tener a mano leyes que podrían ser relevantes (si tales leyes no están disponibles, los usuarios pueden marcar la investigación legal como acción de seguimiento en la sección de acciones de esta herramienta de evaluación). La herramienta de evaluación se compone de 34 preguntas, divididas en 8 secciones basadas en los temas abordados en la mayoría de las constituciones contemporáneas. El contenido de estas preguntas se deriva en parte de la DNU DPI (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas), del Convenio 169 de la OIT y de otros tratados fundamentales de derechos humanos. La herramienta de evaluación está diseñada para ser flexible: los usuarios pueden contestar a todas las preguntas para hacer una evaluación exhaustiva de una constitución o de su borrador, o pueden centrarse en temas específicos. Las 8 secciones son las siguientes:

- I. Reconocimiento y ciudadanía
- II. Derecho a la igualdad y a la no discriminación
- III. Fundamentos de los derechos de los pueblos indígenas
- IV. Autonomía: concertación de acuerdos y autogobierno
- V. Consulta, participación política y representación
- VI. Derechos a la tierra, los territorios y los recursos naturales
- VII. Derecho a la cultura y al desarrollo social y económico
- VIII. Protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas

Se recomienda hacer primero una lectura general de la herramienta de evaluación —o, como mínimo, de la lista de preguntas—, a fin de conocer el formato y los tipos de preguntas de cada sección. Los usuarios pueden decidir entonces si responderán todas las preguntas o algunas de ellas.

Asimismo, es aconsejable leer y familiarizarse con la estructura básica del texto constitucional sujeto a evaluación, prestando atención a los títulos y subtítulos para entender cómo se organiza. Las disposiciones sobre los derechos de los pueblos indígenas pueden estar limitadas a una sección general sobre derechos o sobre pueblos indígenas, o estar diseminadas por toda la constitución.

2.2. Estructura de la herramienta de evaluación

Es importante considerar dos aspectos fundamentales de la estructura de la herramienta de evaluación:

1. El orden de las secciones y preguntas no guarda relación con la importancia o el significado del tema. La herramienta de evaluación está diseñada, en sentido amplio, para seguir el flujo de una constitución, reconociendo que todas las constituciones tienen diferentes estructuras. Algunas de las primeras preguntas se pueden considerar “cuestiones básicas”. Veamos la pregunta 1, “¿La constitución identifica, reconoce o define de forma específica a los pueblos indígenas, incluida la protección del derecho de autoidentificación?”. Si la respuesta es “No”, y la constitución no reconoce en absoluto a los pueblos indígenas, quiere decir que las respuestas a las otras preguntas de la herramienta de evaluación serán también, muy probablemente, “No”.

2. Muchas de las preguntas y temas están interrelacionados. Los temas están divididos en secciones y preguntas independientes, pero no se desconoce por ello su naturaleza entrelazada. Por ejemplo, la pregunta 5, sobre medidas especiales, es fundamental para considerar la respuesta a otras preguntas sobre representación en instituciones gubernamentales, entre las que se incluyen la judicatura y el poder legislativo (por ejemplo, si hay cuotas para garantizar la representación). Algunas preguntas específicas son transversales con respecto a todas las demás, como la relativa al derecho a la autodeterminación o a la cultura.

Secciones, preguntas y explicaciones

Todas las secciones temáticas de la herramienta de evaluación contienen un grupo de preguntas, cada una de las cuales aborda un tema o un aspecto del tema cubierto por la sección. La casilla situada bajo la pregunta, titulada “Explicación”, detalla su relevancia respecto de los derechos de los pueblos indígenas desde una perspectiva constitucional y proporciona una guía para leer los ejemplos comparados que se incluyen (véase más adelante). Si un usuario no está familiarizado con cualquiera de los términos de la explicación puede consultar en el capítulo 3 las palabras y los conceptos clave. La sección de lecturas adicionales presentada al final de este documento contiene enlaces a recursos útiles.

Las preguntas se orientan a obtener respuestas del tipo “Sí” o “No”, y deben ser contestadas de dicha forma en primer lugar, pero los usuarios no deben concluir su análisis en este punto. Por ejemplo, para la pregunta 1, “¿La constitución identifica, reconoce o define de forma específica a los pueblos indígenas, incluida la protección del derecho de autoidentificación?”, la respuesta inicial podría ser “No”, pero una respuesta completa podría ser “No, la constitución no reconoce ni define específicamente a los pueblos indígenas, pero sí reconoce minorías étnicas”. Con esta respuesta completa, el usuario se concentra en un aspecto concreto que puede convertirse en objeto de una acción posterior (es decir, la minoría étnica como punto de partida para presionar por un reconocimiento más específico). Otra respuesta podría ser “Sí”, aunque la respuesta completa sería “Sí, la constitución reconoce a los pueblos indígenas, pero no incluye el derecho de autoidentificación”. La respuesta y los detalles deben registrarse en la sección “Conclusiones”, incluidas las potenciales medidas en favor de los derechos de los pueblos indígenas, detalladas en la sección “Acciones”.

Normas internacionales y ejemplos nacionales

Bajo la sección “Explicaciones” de cada pregunta, una tabla muestra las disposiciones relevantes incluidas en instrumentos internacionales y en constituciones de todo el mundo que son ejemplos de buenas prácticas a la hora de abordar el tema allí tratado. La primera columna registra el nombre del documento, el país de origen y la fecha de promulgación³. La segunda columna señala el número del artículo (y, en ciertos casos, el capítulo, la sección o el subartículo) de la disposición del ejemplo. La tercera indica el texto de la disposición presentada como ejemplo y la cuarta incluye una explicación sobre la razón por la cual se incluyó ese ejemplo en particular y qué se espera que demuestre.

La finalidad de las normas y disposiciones que componen cada ejemplo es ayudar a los usuarios a entender el asunto en cuestión y cómo otros países lo han abordado en sus constituciones y leyes. Estos ejemplos pueden ser una fuente de inspiración para la defensa de los pueblos indígenas, pero no son necesariamente recomendaciones. Ha surgido un lenguaje común en torno a algunos temas, como por ejemplo la no discriminación, y en ciertos casos los ejemplos ilustran un consenso establecido o emergente. Sin embargo, todo contexto nacional es único, y es preciso tener en cuenta el marco jurídico y el contexto social de cada país antes de determinar si se debe abordar un asunto en concreto (o cómo hacerlo).

3 Por ejemplo, dado que la Constitución de Brasil se promulgó en 1988, la herramienta de evaluación se refiere a ella como “Constitución de Brasil, 1988”, a pesar de que ha sido objeto de numerosas enmiendas desde esa fecha. El texto citado incluirá todas las enmiendas hasta la fecha, pero sigue siendo citada de acuerdo con la fecha de promulgación.

Conclusiones y acciones

En las dos casillas en blanco situadas en la parte inferior de la ventana, tituladas “Conclusiones” y “Acciones”, se registra la respuesta a la pregunta (Sí/No y otros detalles) y se detallan potenciales acciones de en favor de los derechos de los pueblos indígenas, respectivamente.

A medida que se identifican las disposiciones relevantes del texto que está siendo evaluado, en la sección de conclusiones se anotan los números de los artículos y el texto de dichas disposiciones. Si existen disposiciones contradictorias, estas deben anotarse también en la mencionada sección. Las observaciones deben incluir un análisis de cuán adecuadamente la constitución aborda las cuestiones que surgen de cada pregunta y los desafíos específicos a los que se enfrentan los pueblos indígenas respecto de dicha cuestión en el país que se está examinando. Una respuesta completa empieza con la respuesta Sí/No y luego identifica: (a) las disposiciones relevantes del texto constitucional en evaluación; (b) cualquier información sobre el contexto del país o el problema sobre el terreno, y (c) ejemplos de disposiciones de otros países que sean relevantes para evaluar la disposición de la constitución que se esté evaluando.

La sección más crítica es la relativa a las acciones, que es donde se detallan las sugerencias basadas en evidencias para mejorar el texto constitucional sometido a evaluación. Puede incluir sugerencias específicas de lenguaje apoyadas en normas internacionales y en buenas prácticas de otros países. Para quienes redactan constituciones y demás participantes de los procesos de reforma constitucional, las acciones propuestas pueden incluir la sugerencia de que se incorpore una disposición específica en la constitución con el fin de promover la adhesión a los tratados y las convenciones internacionales de los que forman parte los respectivos países. Aun sin llegar a abogar por una reforma de la constitución, existen muchos tipos de acciones que se podrían incluir en esta sección, dirigidas a otros usuarios de la herramienta de evaluación, como las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación. Por ejemplo, campañas de radio, proyectos de investigación para examinar cuál es el impacto de una disposición en particular sobre las comunidades, diálogos con funcionarios subnacionales y nacionales para presionar en favor de cambios legislativos o políticos, e incluso la renovación de los compromisos públicos respecto de los derechos de los pueblos indígenas.

Los usuarios deben estar también atentos a otras disposiciones de la constitución, o del proyecto constitucional, que pudieran ser nocivas para los derechos de los pueblos indígenas, incluso si no están relacionadas con ninguna de las preguntas. Los usuarios deben tomar nota de cualquiera de esas disposiciones e incluir sugerencias para mejorarlas o eliminarlas, y deben plasmarlas en la sección de conclusiones o en la de acciones, según corresponda.

2.3. Consideraciones importantes para los usuarios

Leer la constitución

Las constituciones difieren en cuanto a su ámbito, contenido y estructura, y en las maneras como se organizan los sistemas de gobierno y otras opciones del diseño institucional. Estas diferencias reflejan varias cuestiones, como la edad de la constitución (las más antiguas tienden a ser más cortas y menos detalladas), la trayectoria histórica del país y su relación con tradiciones constitucionales particulares (historia colonial y convenciones legales o institucionales), y el resultado de acuerdos políticos (por ejemplo, relacionados con procesos de construcción de paz o movimientos populares de reforma). Es posible identificar tendencias comunes en constituciones desarrolladas en distintos períodos o ciclos de elaboración constitucional. Desde la Segunda Guerra Mundial, por ejemplo, muchos países han ampliado las protecciones constitucionales de los derechos sociales, económicos y culturales, mientras que todas las desarrolladas después de 2000 cuentan con algún tipo de garantía relativa

a la igualdad de género. Aun así, para entender cómo ha operado una constitución en el pasado o cómo se puede comportar en el futuro, se debe considerar el documento en su totalidad, teniendo en cuenta el papel de la judicatura y de las obligaciones legales internacionales (entre otros factores) en su interpretación y puesta en práctica.

Si bien las disposiciones individuales constituyen los elementos básicos de una constitución, todas ellas se deben leer en conjunto y entenderse en relación con cada una de las demás y con la constitución completa. Por ejemplo, una constitución puede incluir un preámbulo o principios rectores que enmarcan los valores y los objetivos del Estado pero no dan lugar necesariamente a derechos exigibles. Sin embargo, todas las demás partes de la constitución se pueden leer junto con estas secciones no exigibles para entender los objetivos últimos de las disposiciones y darles la aplicación y el impacto deseados. Por ejemplo, el Poder Legislativo puede hacer referencia a estos valores al desarrollar leyes para dar cumplimiento a la constitución, mientras que el Poder Judicial puede hacer referencia a ellos al interpretar el significado de la ley y de las disposiciones constitucionales. Así, cuando se leen disposiciones sobre el Poder Judicial en la constitución, es importante no considerar el texto de forma aislada. En cambio, es útil considerar, por ejemplo, la forma en que está estructurada y protegida la independencia judicial, quién puede elevar demandas constitucionales a los tribunales, y cómo la autoridad judicial de interpretar y dar validez a tales demandas está relacionada con otras disposiciones de la constitución, tales como los principios rectores o los derechos humanos.

Además de hacer una lectura integral de la constitución, es importante tomar nota de que todas las constituciones se estructuran de una manera diferente. Algunas, por ejemplo, contienen una declaración de derechos que enumera todos los derechos humanos constitucionalizados; otras mencionan diferentes derechos, como los relativos a la tierra o a la participación política, en las secciones relevantes de la constitución que tratan esos temas en general. Además, a veces las cláusulas relativas a la limitación de derechos forman parte de disposiciones sobre derechos individuales, mientras que en otros casos se incluye una disposición general que cubre todas las limitaciones. En algunas constituciones, ciertos derechos o instituciones clave requieren de legislación específica para su implementación (se trata de las a veces denominadas disposiciones “mediante ley”), lo que implica que el ámbito de protección y los mecanismos para su realización se negociarán en el proceso de elaboración de leyes.

Específicamente, para los pueblos indígenas es importante considerar si sus derechos están incluidos en uno o en varios artículos, así como establecer cuán amplia o específicamente están definidos (y limitados por, o equilibrados con, otros derechos). Por ejemplo, la Constitución de Filipinas contiene solo una simple mención de los derechos de los pueblos indígenas, que dice: “El Estado reconoce y promueve los derechos de las comunidades culturales indígenas dentro del marco de unidad nacional y desarrollo” (cap. 2, sec. 22). Los derechos propiamente dichos no están enumerados en la constitución, pero los desarrolla la legislación nacional. La Constitución de Nicaragua es similar, aunque algo más detallada respecto de los derechos reconocidos (art.5). También México (art. 2A) y Bolivia (art. 30) reconocen los derechos de los pueblos indígenas en un único artículo, pero dichos artículos están acompañados de una lista larga y muy específica de tales derechos. En comparación, las constituciones de Ecuador y Colombia introducen los derechos de los pueblos indígenas a lo largo de la constitución en disposiciones relevantes (por ejemplo, abordan el derecho a contar con tribunales tribales en la sección sobre el Poder Judicial).

Para leer una constitución usando la herramienta de evaluación, se recomienda en primer lugar identificar palabras y expresiones clave de la pregunta, la explicación y los ejemplos de disposiciones para encontrar la sección relevante de la constitución o del proyecto constitucional que está siendo evaluado. Por ejemplo, la pregunta 26 dice: “¿Reconoce la constitución los derechos de las comunidades indígenas a disponer de la propiedad intelectual sobre sus conocimientos y expresiones culturales tradicionales?”. La pregunta aporta algunas expresiones clave, como “expresión cultural” y “conocimiento tradicional”; la explicación aporta otros términos de búsqueda potencialmente clave, como “objetos de artesanía” y “medios de vida”. Sin embargo, no todas las constituciones usan la misma terminología, de manera que, aunque la búsqueda de una palabra clave es un comienzo útil, se pueden considerar también otros términos.

También ayuda tomar nota de que, aunque las preguntas de la herramienta de evaluación se relacionan frecuentemente con una única disposición de la constitución, en algunos casos puede haber múltiples disposiciones relevantes. Por ejemplo, la pregunta 8 señala: “¿Reconoce la constitución derechos colectivos? Si la respuesta es sí, ¿se trata de un reconocimiento general o específico para los pueblos indígenas?”. Podría haber varias disposiciones relacionadas con los derechos colectivos en distintas partes de la constitución, como por ejemplo en el preámbulo, en una disposición respecto de los derechos culturales o en una sección específica sobre los derechos de los pueblos indígenas. Se debe tomar nota de todas las disposiciones relevantes y considerar además cualquier estructura institucional o principio útil para su interpretación, puesta en práctica y ejecución.

Alcance de los temas

Esta herramienta de evaluación se centra en los temas fundamentales para proteger, promover y hacer realidad los derechos de los pueblos indígenas en todo el mundo. Mientras algunas de las preguntas se refieren a aspectos que están incluidos en muchas de las constituciones recientemente escritas, casi ninguna constitución aborda todos los temas cubiertos por la herramienta de evaluación. Del mismo modo, no todos los temas considerados por la herramienta de evaluación son relevantes para todos los países, y puede haber cuestiones relacionadas con un determinado país que no estén reflejadas en la herramienta de evaluación. En suma, los usuarios deberían considerar a la herramienta de evaluación como una herramienta para pensar creativamente en opciones constitucionales para mejorar la igualdad sustantiva de los pueblos indígenas y para aumentar el respeto de sus derechos.

Por eso, esta herramienta de evaluación es adaptable, es decir, quienes la usan pueden elegir qué preguntas contestar para aplicarlas a su trabajo. Incluso, si un tema no aparece en la constitución, es importante considerar si ese mismo tema podría haber sido ya abordado (o si sería mejor abordarlo) mediante legislación ordinaria, mediante un precedente judicial, o mediante algún otro mecanismo, dependiendo del país y la naturaleza de su constitución. No todo debería estar incluido en una constitución.

Algunas de las cuestiones planteadas en esta herramienta de evaluación pueden parecer novedosas, y ese es en parte su objetivo: ayudar a los usuarios a analizar dichas cuestiones desde una perspectiva nueva; por ejemplo, incorporando algunos elementos que no siempre se consideran constitucionales. La herramienta de evaluación pretende inspirar la creatividad, reconociendo que la elaboración constitucional, en el sentido más amplio, es una oportunidad única para cambiar las relaciones de poder entre los pueblos indígenas y los que no lo son. Se pueden introducir disposiciones vanguardistas que se apartan de las prácticas anteriores de un país, el cual puede ser el primero en el mundo en presentar un tipo particular de disposición y así marcar el camino para posteriores innovaciones. Tales cambios novedosos pueden relacionarse no solo con los derechos de los pueblos indígenas, sino también con los derechos humanos en general, con la estructura del gobierno, con restricciones del poder de diferentes poderes públicos, con procesos democráticos como las elecciones, con la creación de nuevas instituciones como las comisiones independientes y con muchas otras cuestiones. En síntesis, la herramienta de evaluación ayuda a los usuarios a examinar temas de muy amplio y diverso alcance.

Más allá del texto constitucional

Los defensores de los derechos de los pueblos indígenas saben que asegurar el respeto de tales derechos es mucho más complejo que aprobar leyes o, incluso, que reformar constituciones, pues implica desplazar las desiguales relaciones de poder entre los pueblos indígenas y la población no indígena (socialmente más favorecida), lo que requiere el cambio de actitudes sociales y de pautas de conducta muy enraizadas.

Reconocer esta realidad no resta relevancia a la ley y a la constitución, ni disminuye la importancia de analizar cómo esta se puede mejorar desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, se pone de relieve la importancia de un entendimiento matizado del contexto político, económico y social en que opera la constitución, y de los desafíos a los que se enfrentan tanto los pueblos indígenas como los que no lo son, y que podrían tener varias causas fundamentales. El objeto de esta herramienta de evaluación es proporcionar una metodología para realizar un análisis sistemático del texto constitucional y enlazarlo con las realidades de los pueblos indígenas, pero su capacidad para capturar o describir dichas realidades es limitada. Más bien, se espera que la herramienta de evaluación ayude a los usuarios a formular las preguntas correctas y a pensar en las causas legales y las potenciales soluciones legales de los desafíos a los que se enfrentan.

2.4. Cómo utilizar la evaluación una vez completada

Evaluación, no juicio

Esta herramienta de evaluación intenta ser relativamente objetiva y debe usarse como una lista de control para ayudar a los usuarios a analizar hasta qué punto los derechos de los pueblos indígenas están representados en la constitución. No es una calificación de la constitución ni sugiere que la constitución de un país es mejor que la de otro. Más bien, la idea es contribuir al escrutinio y la defensoría basados en la evidencia para mejorar el marco jurídico e institucional del Estado desde la perspectiva de los pueblos indígenas y sus derechos.

Actuar como defensor constitucional

La sección “Acciones” permite desarrollar una estrategia para usar los resultados⁴. Esa estrategia dependerá en parte del papel del usuario en el proceso de elaboración constitucional, ya sea como defensor o abogado, periodista, responsable de la elaboración constitucional o ciudadano involucrado. En general, sin embargo, los objetivos primarios son desarrollar y comunicar los mensajes clave relacionados con las conclusiones. Para que sean efectivos, esos mensajes deben estar cuidadosamente configurados, y basarse en el entendimiento de los intereses y las prioridades de la audiencia, que se puede clasificar en tres categorías generales:

1. Decisores políticos clave, incluidos líderes de partidos políticos, miembros de organismos constituyentes, presidentes de comisiones dentro de dichos organismos, entre otros;
2. defensores y personas influyentes, incluidas las organizaciones de la sociedad civil y los medios de comunicación, y
3. partes interesadas en general, incluida la ciudadanía y también el público en general.

La forma como se comparten los resultados de la evaluación con dichos grupos variará, pero el objetivo y el contenido de los mensajes siempre debe ser claro y congruente. Algunas posibles acciones relacionadas que incluya la difusión de los resultados de la herramienta de evaluación incluyen: escribir un informe con un análisis detallado de las conclusiones y recomendaciones, y presentarlo a los actores relevantes de una comisión constitucional o de la sociedad civil; desarrollar sumarios o resúmenes de política pública con mensajes claros y directos sobre temas específicos identificados en la herramienta de evaluación para miembros de partidos políticos y medios de comunicación; organizar mesas redondas o presentaciones con gobiernos subnacionales, y desarrollar campañas en medios de comunicación (radio, televisión, prensa) para el público general.

4 Para sugerencias sobre cómo abordar la difusión, véase Beetham et al. (2009).