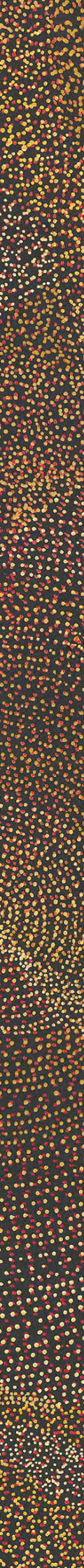


3. Términos y conceptos clave



Los términos y conceptos clave descritos a continuación son algunos de los más importantes para comprender esta herramienta de evaluación en líneas generales. Otros términos se definen en las secciones explicativas de las preguntas, pues son relevantes para las propias preguntas. Los términos y conceptos se presentan en orden alfabético.

Autoidentificación

El preámbulo de la DNU DPI proclama que “los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos” y afirma “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales” (Naciones Unidas, 2007). El informe Martínez Cobo para la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la Prevención de la Discriminación de Minorías considera que la autoidentificación es un elemento esencial de la definición de los pueblos indígenas y la vincula al concepto de autodeterminación (Martínez Cobo, 1987, párrs. 381 y 382): “Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior”.

Autonomía y autogobierno

La autonomía es “la capacidad legal y práctica de un individuo para hacer y actuar según sus propias elecciones en la vida” (Howard-Hassman, 2011, pág. 433). Implica el derecho de los pueblos indígenas a determinar con independencia sus propios intereses, a tomar decisiones basadas en dichos intereses y a poner en práctica tales decisiones de forma efectiva. Las estructuras autónomas políticas, económicas y sociales de los pueblos indígenas dan vida a su derecho a la autodeterminación y permiten el ejercicio positivo de dicho derecho (APF y ACNUDH, 2013, pág. 20). Los derechos de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno se reflejan en la DNU DPI (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas), especialmente en los artículos 3 y 4⁵. El autogobierno consiste específicamente en el derecho a gobernarse a sí mismos al menos en lo que respecta a ciertos asuntos o territorios. El autogobierno puede estar basado en poderes (por ejemplo, el derecho al autogobierno en las áreas del turismo o de la conservación de los recursos naturales) o ser territorial, es decir, referirse a un área subnacional delimitada sobre la que se otorga a los pueblos indígenas el derecho a gobernar, aunque usualmente queden sujetos a la constitución nacional.

Incluso si no se garantiza la plena autonomía en cualquiera de estos sentidos, el derecho a la autodeterminación y a la consulta significa que las políticas estatales no deben infringir ni impedir la capacidad de los pueblos indígenas de elegir y actuar sobre preferencias que afectan sus vidas⁶, evitando especialmente enfoques proteccionistas o paternalistas que asumen que el Estado o las poblaciones no indígenas están en mejor posición para tomar decisiones en nombre de los pueblos indígenas.

Constitución

No existe una definición simple de constitución, pero hay características y funciones compartidas que permiten formar una cierta idea de lo que es y lo que hace una constitución. “La mayoría de las constituciones contemporáneas describen los principios básicos del Estado, las estructuras y los procesos gubernamentales y los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro de una ley

5 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación” y también tienen “derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” (Naciones Unidas, 2007, arts. 3 y 4). Véanse también los artículos 5, 34 y 39. Para más detalles sobre el derecho de autodeterminación, autonomía y autogobierno, véanse APF y ACNUDH (2013, pág. 19 y ss.).

6 Pueden consultarse ejemplos en Naciones Unidas (2006, párrs. 21-24).

superior que no puede modificarse unilateralmente mediante un acto legislativo ordinario” (Bulmer, 2021). Desde esta perspectiva, una constitución proporciona el marco dentro del cual operan todas las instituciones, leyes, reglamentos, procedimientos y servicios públicos, y los mecanismos a través de los cuales tiene lugar la participación política, se protegen los derechos y se determina la política pública. Es un instrumento que constituye, organiza y limita el ejercicio del poder del gobierno. Las constituciones también pueden reflejar las aspiraciones e identidades del pueblo y expresar su visión de la sociedad (por ejemplo, mediante el establecimiento de valores y principios fundamentales, y la consagración de los derechos fundamentales). Por tanto, una constitución opera simultáneamente en todas las dimensiones legales, políticas y sociales, y es también un reflejo altamente simbólico de los valores de un Estado y de sus pueblos.

Las constituciones pueden cumplir muchas funciones transversales que en ocasiones compiten entre sí; por ejemplo, equilibrar las demandas que reclaman abordar el pasado de un país con aquellas que presionan por establecer aspiraciones para su futuro. Si bien las constituciones desempeñan algunas funciones generales y globales, las funciones constitucionales varían ostensiblemente según el contexto en que opera cada constitución. La constitución de una sociedad comprometida con la democracia y el Estado de derecho probablemente incluirá las siguientes funciones:

- (a) Consolidar valores e identidades comunes sin los que no puede existir una comunidad política; (b) prescribir reglas para determinar la afiliación a tal comunidad; (c) garantizar seguridad física y emocional mediante el monopolio del Estado del uso de la fuerza por motivos legítimos; (d) acordar los modos y las instituciones a través de los cuales se ejercerá el poder del Estado; (e) asegurar los medios para la participación de la ciudadanía en los asuntos del Estado, en particular mediante elecciones y otras formas de acción social; (f) proteger derechos (que conceden poder a la ciudadanía a la vez que limitan la acción del Estado); (g) establecer reglas para cambiar de gobierno pacíficamente; (h) asegurar que la acción del Estado sea predecible y garantizar la seguridad de las transacciones privadas a través del sistema legal; (i) establecer procedimientos para la resolución de disputas, y (j) proporcionar procedimientos claros y consensuados para el cambio de estas disposiciones fundamentales (Ghai, 2010, pág. 3).

Hoy, la mayoría de las constituciones del mundo son documentos escritos. Las excepciones incluyen a Israel, Nueva Zelanda y el Reino Unido, que organizan sus marcos constitucionales de maneras diversas (Proyecto de Constituciones Comparadas, s. d.). Esta tendencia hacia las constituciones escritas sugiere que, en general, los pueblos y las naciones las reconocen como una importante herramienta para organizar el gobierno y la sociedad.

Consentimiento libre, previo e informado (CLPI)

Cuando los gobiernos diseñan políticas o leyes, o llevan a cabo proyectos que pueden afectar a los pueblos indígenas (como el uso de lugares sagrados para la construcción de carreteras o la delimitación de parques nacionales, o la promulgación de una nueva constitución o política lingüística estatal), tienen la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado (CLPI) de los pueblos indígenas a través de sus representantes elegidos. Más que una mera obligación de simplemente proporcionar información o consultar, este derecho implica una negociación honesta, abierta y de buena fe con los pueblos indígenas, sin presiones (consentimiento libre), antes de que se inicie la actividad o la política (consentimiento previo), con toda la información actualizada y disponible (consentimiento informado). “Consentimiento” significa que todas las partes involucradas en este proceso de negociación serán iguales y que se permitirá el uso de los procesos tradicionales de toma de decisiones de los grupos indígenas (Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, 2005, párr. 56). El consentimiento de los pueblos indígenas implicados se debe obtener antes de usar sus tierras ancestrales y recursos naturales, según se señala en el Convenio 169 de la OIT (1989, arts. 6 y 16) y en la DNUDPI (Naciones Unidas, 2007, arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32). El CLPI se aplica también al uso y a los derechos de autor de los conocimientos y las habilidades tradicionales (IDEA

Internacional, 2014, pág. 48), y al uso de medicinas y conocimientos indígenas tradicionales. El CLPI significa también que los pueblos indígenas deben estar involucrados en el diseño, el desarrollo, la puesta en práctica, el seguimiento y la evaluación de todos los programas, las políticas y la legislación que los afecten (Comisión Australiana de Derechos Humanos, 2010, pág. 25). Cabe señalar que este requisito se extiende a las constituciones y a cualquier reforma constitucional.

Derecho a la autodeterminación

Un principio fundamental del derecho internacional y el derecho central en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (DNU DPI) es la autodeterminación, definida como “(a) el acto o poder de tomar cada uno sus propias decisiones y determinar su propio estatus político; o (b) el estado de libertad frente al control o el poder de otro. El derecho a la autodeterminación es un principio fundamental del derecho internacional, que influye en las relaciones entre Estados y entre las subunidades y los pueblos que constituyen dichos Estados” (Cats-Baril, 2018, pág. 1). En el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —que es común a ambos instrumentos (párr. 1)— se declara que “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural” (Naciones Unidas, 1966a y 1966b). La Corte Internacional de Justicia (1975, párr. 59) define la autodeterminación como la necesidad de prestar atención a la voluntad de los pueblos libremente expresada.

El derecho internacionalmente reconocido a la autodeterminación tiene dos dimensiones: interna y externa. La interna se refiere al ejercicio de la autodeterminación dentro de un Estado ya existente, mientras que la externa se refiere al derecho de los pueblos a definir su lugar en la comunidad internacional. La Recomendación General núm. 21 del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa al derecho a la libre determinación, define la autodeterminación (o “libre determinación”) interna como el derecho “de todos los pueblos a llevar adelante su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias del exterior. A este respecto, existe un vínculo con el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos en todos los niveles” (Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 1996).

En 2007, en el artículo 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, se codificó un derecho específico a la autodeterminación interna: “Los procedimientos para poner en práctica este derecho están aún evolucionando, pero han incluido acuerdos sobre la autonomía, el reconocimiento de los derechos colectivos a la lengua y la cultura, y el derecho al consentimiento y la consulta libres, previos e informados” (Cats-Baril, 2018, pág. 3). El ejercicio del derecho indígena a la autodeterminación está restringido por la constitución nacional y usualmente se ve limitado en la medida en que su ejercicio no debe vulnerar los derechos de otras comunidades. La autodeterminación es un derecho colectivo de los pueblos indígenas, que protege su autonomía para gobernar sus asuntos y participar de manera efectiva en las decisiones que los afecten. El artículo 4 de la DNU DPI establece un vínculo entre el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la autonomía: “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas” (Naciones Unidas, 2007). Ello no equivale al derecho a formar un Estado independiente, pero, como mínimo, contempla el derecho a disponer de acuerdos que garanticen la autonomía y el autogobierno, así como el derecho a la representación efectiva en decisiones y procesos que afecten a los pueblos indígenas y sus derechos.

Los gobiernos, al reconocer este derecho, deben reconocer las identidades colectivas y de grupo de los pueblos indígenas (naciones, grupos lingüísticos, clanes, alianzas familiares, etc.), y entablar relaciones con ellos de buena fe basadas en los principios de la igualdad, el respeto y la dignidad. Ejercer el derecho a la autodeterminación implica, por ejemplo, ejercer el autogobierno local mediante consejos controlados por la comunidad; disponer de la propiedad de las tierras y los territorios

tradicionales, y decidir cómo usarlas y desarrollarlas; tener el control de la prestación de servicios básicos, como los de salud, y contar con el reconocimiento legal de las identidades y los derechos de grupo, mediante el reconocimiento constitucional. Cabe resaltar que estos derechos significan poco si los gobiernos no garantizan a los pueblos indígenas los recursos y el financiamiento necesarios el para ejercer un autogobierno efectivo (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2011, párr. 78).

Derechos colectivos

Un derecho colectivo es un derecho de grupo otorgado a una comunidad o un grupo particular, como por ejemplo los derechos de las mujeres, los derechos de los pueblos indígenas o los derechos de personas que viven en una región desfavorecida. Mediante disposiciones de reserva, discriminación positiva o una garantía de representación en la esfera pública, el Estado puede proporcionar derechos colectivos a comunidades particulares. Los derechos colectivos son una herramienta para hacer de la igualdad sustantiva una realidad práctica. Estos derechos están reconocidos en el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas⁷. Dichos pueblos han puesto (y continúan poniendo) de relieve la necesidad de que se reconozcan sus derechos colectivos, ya que frecuentemente las sociedades de los grupos indígenas se organizan en clanes, naciones, comunidades, mientras que muchas de las normas relativas a los derechos humanos fueron desarrolladas en torno al individuo como concepto central. Para los pueblos indígenas, los derechos colectivos pueden incluir el derecho a mantener el conocimiento cultural, la propiedad o las tradiciones grupales, y el derecho a ejercer colectivamente la autonomía y la autodeterminación.

Derechos humanos

Los principales tratados internacionales de derechos humanos, incluida la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Naciones Unidas, 1965), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966a) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Naciones Unidas, 1966b), así como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1948), contienen los derechos fundamentales que se respetan, protegen y reconocen como el conjunto de normas internacionales de derechos humanos⁸. Los pueblos indígenas deben tener acceso a todos estos derechos sin discriminación. Además de estos derechos humanos fundamentales, existen derechos internacionalmente reconocidos como pertenecientes a diferentes grupos o sectores de la sociedad, como los derechos de las mujeres, de los trabajadores, de la niñez y, desde luego, los derechos de los pueblos indígenas. Es crucial que los miembros de todos esos grupos dispongan de todos los derechos a los que podrían optar basándose en su identidad. Esto significa que una mujer, un niño o una niña indígenas podrían tener derechos ligeramente distintos a los de un hombre indígena.

Los derechos humanos internacionales están definidos y protegidos por el derecho internacional (véase más adelante). Los Estados pueden fortalecer su compromiso con los derechos humanos integrándolos en la constitución nacional, y en las leyes y políticas nacionales. Cualquier persona individual debería tener derecho a todos los derechos humanos prometidos a la ciudadanía de su Estado, así como a todos los derechos relevantes incluidos en los tratados que el Estado ha firmado. Cabe señalar que no en todos los países los derechos humanos internacionales son directamente exigibles ante los tribunales nacionales (véase la pregunta 32 en el capítulo 4).

7 “Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos” (Naciones Unidas, 2007).

8 Otros tratados internacionales de derechos humanos centrales son la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Derecho internacional

Si bien las constituciones son textos soberanos, la legislación de cada país forma parte de un sistema de derecho internacional. Los tratados internacionales y regionales de derechos humanos, sus órganos de supervisión y los tribunales internacionales y regionales u otros mecanismos de decisión de disputas son la base del régimen global de los derechos humanos. La constitución debe estar alineada con las obligaciones internacionales del Estado, las cuales están contenidas en los tratados que dicho Estado ha firmado. Además, existen fuentes (no pertenecientes al régimen de tratados) de normativa no vinculante (*soft law*) —tales como declaraciones y resoluciones de las Naciones Unidas, comunicados, principios y códigos de conducta— que forman parte del régimen global de derechos y que también se deben considerar al evaluar una constitución.

Los temas abordados en esta herramienta de evaluación están arraigados en el derecho internacional, y las normas internacionales incluidas en las preguntas ayudarán a los usuarios a enfocar en el marco del derecho internacional su labor en favor de la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Derechos y papel del Estado

De acuerdo con las normas internacionales relativas a los derechos humanos, los Estados tienen la responsabilidad de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos. Desde luego, tienen también el deber de respetar todos los derechos reconocidos y establecidos en una constitución nacional. No se trata únicamente del deber de evitar acciones nocivas, sino también de la responsabilidad de proteger y cumplir los derechos de manera afirmativa. Se deben establecer tribunales y otros organismos de autoridad judicial objetiva y hacerlos accesibles a la población, de manera que esta pueda impugnar las violaciones de sus derechos. Las instituciones deben tener políticas de integración de derechos en todos los servicios del gobierno, y sus miembros deben tener formación específica relacionada a tales derechos. Más allá de estas salvaguardias, el Estado puede emprender acciones afirmativas (véase también el siguiente apartado sobre discriminación positiva y medidas especiales), tales como poner en marcha legislación, políticas y programas, y establecer instituciones capaces de reconocer la desigual posición de los pueblos indígenas en la sociedad, tratar de eliminar las prácticas y creencias discriminatorias enraizadas en la sociedad, y abordar sus consecuencias negativas de forma proactiva.

Discriminación positiva y medidas especiales

La discriminación positiva o las medidas especiales se relacionan con el concepto de “igualdad formal y sustantiva” que se describe a continuación. Si un Estado adopta o incluso impone el principio de igualdad sustantiva, debe disponer de las políticas y los mecanismos necesarios para hacerlo realidad.

Los Estados pueden —y, dependiendo del lenguaje de su constitución, están obligados a— usar discriminación positiva (conocida también como medidas especiales) para acelerar el logro de la igualdad sustantiva de los pueblos indígenas. Tales medidas incluyen instrumentos legislativos, ejecutivos, administrativos, de presupuesto y de reglamentación, así como planes, políticas, programas y regímenes preferenciales en áreas tales como el empleo, la vivienda, la educación, la cultura, la representación en el gobierno y la participación en la vida pública. Ejemplos de tales medidas incluyen (Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009, pág. 13):

- cuotas en el Parlamento para incrementar la representación de los pueblos indígenas (Naciones Unidas, 2006, párr. 16);
- contratación específica de miembros de comunidades indígenas en la administración pública, el Ejército y otras instituciones estatales;
- programas (becas o plazas reservadas) para incrementar el número de personas indígenas en la universidad;
- asistencia financiera para los candidatos políticos indígenas;
- programas que proporcionan incentivos a las familias indígenas para enviar a sus hijos a la escuela;

- fondos para mejorar el acceso a la salud pública de los pueblos indígenas, y
- programas de formación para los pueblos indígenas que les permitan acceder a la economía formal sin dejar de lado sus modos de vida tradicionales o sus artesanías.

Elaboración constitucional

La elaboración constitucional es “más compleja que el proceso constituyente por sí solo”. Entender la elaboración constitucional requiere hacer “una distinción entre el texto escrito de la propia constitución y las prácticas que emergen de ella y la sostienen” y, luego, trabajar para construir ambos aspectos (Ghai y Galli, 2006, pág. 9). IDEA Internacional define la elaboración constitucional como:

el proceso mediante el cual una entidad política se compromete . . . con el establecimiento y la observancia de un sistema de valores y de gobierno. La elaboración constitucional se prolonga en el tiempo e involucra a organizaciones estatales y también no estatales. En este sentido, la elaboración constitucional es casi un proceso evolutivo de cultivar el texto y facilitar el despliegue de su lógica y su dinámica (Ghai y Galli, 2006, pág. 9).

IDEA Internacional conceptualiza la elaboración constitucional (en comparación con el concepto más restringido de proceso constituyente) como un proceso inclusivo y participativo que procura combinar los aspectos legales, políticos y sociales de la transformación del Estado. Emerge de acuerdos entre las élites (iniciados frecuentemente en la mesa de negociaciones de paz, en situaciones de conflicto), y se amplía mediante la inclusión y participación de facciones y grupos diversos que se juntan para redefinir el Estado y sus valores. La elaboración constitucional no concluye con la promulgación del texto de la constitución, sino que se extiende para incluir su puesta en práctica, la armonización de leyes y otras acciones orientadas a apoyar la transición y dar efectividad real a las disposiciones constitucionales. El marco de la elaboración constitucional reconoce que el documento constitucional no es por sí solo suficiente para institucionalizar el nuevo orden constitucional.

Estado versus nación

A los fines de esta herramienta de evaluación, el término “Estado” se usa para referirse a un “país”. Un Estado se define como un territorio independiente, reconocido internacionalmente, con sus propias instituciones de gobierno asociadas y una ciudadanía. De acuerdo con esta definición, Francia, Indonesia, Nepal, Perú y Estados Unidos son todos ejemplos de “Estados”. Por otra parte, una nación se define como un grupo de personas conectada entre sí por su historia, cultura, lenguaje, territorio o identidad. Históricamente, el término “nación” se ha usado para describir a los pueblos indígenas y “nacionalidades indígenas”, así como a otros grupos étnicos y minoritarios. Por ejemplo, la nación Navajo, en Estados Unidos. Un Estado puede ser multinacional en la medida en que su ciudadanía se componga de integrantes de diferentes naciones (o grupos de pueblos).

Igualdad formal y sustantiva

La igualdad formal es un principio clave que se refiere al tratamiento igual de los pueblos frente a la ley. Este tipo de igualdad se aborda en las constituciones con disposiciones que (a) prohíben la discriminación por pertenecer a identidades indígenas u otras (disposiciones de no discriminación), y (b) declaran que los ciudadanos, indígenas o no indígenas, son iguales ante la ley (disposiciones de igualdad). Como tal, el derecho de igualdad está ligado íntimamente a la prohibición de la discriminación (o al derecho de estar libre de ella). La igualdad formal es importante en el contexto del ejercicio de muchos derechos, como el de la libre expresión y el del debido proceso (procedimiento legal justo e igual). Por ejemplo, si una persona es acusada de cometer un crimen, merece acceder a un juicio justo, sin tener en cuenta si es indígena o no.

¿Qué es la discriminación?

. . . la discriminación puede ser descrita como una distinción, intencional o no, pero basada en motivos relativos a las características personales del individuo o grupo que tiene como efecto la imposición de cargas, obligaciones o desventajas en tales individuos o grupos que no se imponen a otros, o que impiden o limitan el acceso a oportunidades, beneficios o ventajas disponibles para otros miembros de la sociedad. Las distinciones basadas en características personales atribuidas a un individuo únicamente sobre la base de su asociación con un grupo escapan raramente de ser calificadas de discriminación, mientras que las basadas en los méritos y capacidades de un individuo serán clasificadas así muy raramente.

Fuente: Interpretado en Corte Suprema de Canadá (1989).

El concepto de igualdad sustantiva va más allá de la igualdad formal para admitir la discriminación sufrida en el pasado y las barreras políticas, económicas y sociales a las que se enfrentan los pueblos indígenas para acceder a oportunidades, ejercer sus derechos y tomar decisiones que tengan impacto en sus vidas. Las reglas y las políticas que promueven la igualdad sustantiva consideran el contexto y las circunstancias de un grupo y personalizan la regla de forma que sitúe al grupo en un punto de partida más igualitario. La igualdad sustantiva se centra en los resultados de reglas y políticas específicas, y reconoce diferencias entre individuos y grupos, en particular respecto de la marginalización sistémica, la exclusión y el despojo. La igualdad sustantiva contempla la marginalización histórica o el maltrato, y reconoce que la historia ha situado a ciertos grupos en un punto de partida desventajoso. Por ejemplo, políticas que apoyan la igualdad sustantiva reconocen las barreras a las que se han enfrentado los pueblos indígenas para acceder a la educación (por ejemplo, el idioma), progresar en puestos de trabajo privados y avanzar en posiciones políticas de autoridad, y se encargan de abordar esas barreras, por ejemplo reservando cierto número de posiciones para los pueblos indígenas en instituciones educativas y de gobierno.

Teniendo en cuenta las realidades vividas por los pueblos indígenas, la igualdad sustantiva apunta a la igualdad en el acceso a oportunidades y a la igualdad de resultados. Es, por tanto, una noción más completa de la igualdad que la igualdad formal. Cuando un grupo no disfruta de igualdad sustantiva, la igualdad formal ante la ley no arroja necesariamente resultados similares, porque ese grupo ya está partiendo desde una posición de desigualdad y, por tanto, no es capaz de acceder o beneficiarse de las oportunidades de la misma manera. Por ejemplo, una universidad puede tratar a los pueblos indígenas y los que no lo son de manera idéntica, y tener los mismos estándares para la admisión, pero si las personas indígenas tienen oportunidades más limitadas para asistir y destacar en las escuelas primaria y secundaria que las personas no indígenas, las primeras estarán en una posición desventajosa al solicitar el ingreso a la universidad y probablemente no serán aceptadas en la misma proporción que las personas no indígenas.

Además de las diferencias en resultados, el trato formalmente igual frente a la ley puede, de hecho, perjudicar a los pueblos indígenas y contribuir en mayor medida a su desigualdad. En referencia al ejemplo mencionado anteriormente, si los pueblos indígenas no pueden asistir a la universidad en la misma proporción que los que no lo son, podrían no conseguir empleo seguro y estable, lo que los haría vulnerables a la pobreza y a experimentar peores condiciones de vida y de salud. Además, podrían ser incapaces de obtener los medios para la educación de sus propios hijos si sus recursos financieros son limitados, lo cual reforzaría el ciclo de desigualdad y marginación.

Los pueblos indígenas están con frecuencia en una posición desigual frente a la población no indígena en la vida política, económica y social debido a factores relacionados con la discriminación directa o indirecta⁹, lo que incluye un sesgo consciente o no, y estereotipos sobre las capacidades

9 La discriminación indirecta tiene lugar cuando una política, actitud o conducta no es explícitamente discriminatoria, pero su resultado afecta negativamente a los pueblos indígenas. Por ejemplo, un empleador puede requerir una cualificación laboral que afecte tanto a las personas indígenas como a las que no lo son, pero que sea más difícil de satisfacer para las personas indígenas. Cuando no existe razón justificable para exigir la cualificación, entonces esta constituye discriminación indirecta.

de los pueblos indígenas (que incluyen una falta de consideración respecto de la capacidad de sus miembros para tomar sus propias decisiones en la vida pública); desventajas estructurales en forma de leyes, políticas y programas, o de su administración, y actitudes tradicionales y culturales que asignan un estatus desigual a los pueblos indígenas.

La relevancia y el impacto de estos factores varía según el contexto. Estas formas de discriminación interactúan limitando las oportunidades y los recursos disponibles para los pueblos indígenas, y socava su capacidad de tomar decisiones y ponerlas en práctica. La discriminación contra los pueblos indígenas puede también sumarse a formas adicionales de discriminación basadas en otras características, como la religión, la edad, la orientación sexual, la identidad de género, el estatus económico y la discapacidad, profundizándose de este modo las desventajas a las que se enfrentan los pueblos indígenas y creándose más barreras frente a la obtención de la igualdad y el disfrute de derechos. Esta dinámica de formas de discriminación que se combinan entre sí se conoce como discriminación múltiple.

La igualdad sustantiva reconoce las diferencias históricas, económicas y políticas entre los pueblos indígenas y la población no indígena, e intenta expandir —más que limitar— las oportunidades y las opciones disponibles para los pueblos indígenas en el contexto de esas diferencias. Para más explicaciones sobre la igualdad sustantiva respecto de los pueblos indígenas, véase la pregunta 5 en el capítulo 4.

Papel del Poder Judicial

El Poder Judicial juega un papel fundamental en la protección de los derechos de los pueblos indígenas (véase, por ejemplo, Naciones Unidas, 2006, párrs. 36 y 42). Los tribunales interpretan constituciones, la legislación interna y las normas internacionales de derechos humanos, pero también “contribuyen a resolver los conflictos entre las leyes, la no implementación de estas, [y] los actos de autoridad que contradicen las reformas y lesionan los derechos de los pueblos y comunidades indígenas” (Naciones Unidas, 2006, párr. 89).

Para cumplir eficazmente con su papel, el Poder Judicial debe ser imparcial, apolítico y estar libre de interferencias y presiones políticas. Por tanto, su independencia debe estar garantizada y protegida en la constitución. Otros importantes aspectos de su independencia incluyen: los procesos para el nombramiento, la destitución y la promoción de jueces; los procedimientos públicos; el presupuesto del Poder Judicial; la responsabilidad de los jueces, y la interacción de los poderes Ejecutivo y Legislativo con el Judicial. Un Poder Judicial independiente resiste mejor la presión política o popular, que le dificultaría proteger a grupos minoritarios; si las decisiones del Poder Judicial están sujetas a la censura de otras ramas del gobierno u otros intereses poderosos, es menos probable que tome decisiones progresivas en temas de justicia social que la élite política pueda considerar amenazantes o contrarias a sus intereses particulares.

Pluralismo jurídico y leyes consuetudinarias

Un factor que complica el examen de las constituciones desde la perspectiva de los derechos de los pueblos indígenas es el pluralismo jurídico, es decir, cuando un país reconoce múltiples sistemas legales. El pluralismo jurídico se practica en muchos países donde, además de las leyes del Estado, se reconocen y aplican otros sistemas legales, como el derecho consuetudinario y/o el derecho religioso. Por ejemplo, en algunos países los temas de familia, como el matrimonio, el divorcio, la custodia de niños y las sucesiones, se deciden de acuerdo con el derecho y la práctica religiosa o consuetudinaria, que puede operar en paralelo, ser independiente o estar incorporada en los sistemas de derecho y judicial del Estado. En algunos países, los miembros individuales de la comunidad indígena pueden elegir el sistema legal aplicable (por ejemplo, en lo que respecta al matrimonio), mientras que en otros pueden no tener elección. Frecuentemente, los sistemas jurídicos consuetudinarios o de los pueblos indígenas son aplicables únicamente a miembros del grupo, pero en ciertas situaciones, también se pueden aplicar a los que no son miembros.

En algunos contextos, el pluralismo jurídico implica también que hay múltiples fuentes de derecho y que, además del Estado, una religión específica puede ser una fuente de derecho. También se puede dar el caso de que la religión sea considerada la fuente de todo derecho, de forma que incluso los legisladores estatales deban considerar la ley religiosa al promulgar legislación.

La herramienta de evaluación incluye preguntas que abordan el derecho consuetudinario en la constitución, ya que estos tipos de sistemas legales pueden tener un profundo impacto en los pueblos indígenas. Además, el reconocimiento por parte de los gobiernos de las instituciones o la autoridad cuasi judicial de los pueblos indígenas y su derecho consuetudinario puede proporcionar una orientación respecto de su derecho a la autodeterminación (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2009, párrs. 78-82). El Relator Especial así lo ha explicado:

El nuevo constitucionalismo pluralista destaca el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no sólo como objetos de políticas que dictan otros; un cambio en la identidad del Estado-nación que ahora se reconoce como multiétnico y pluricultural; el derecho individual y colectivo a la propia identidad, y el reconocimiento del pluralismo jurídico. (Naciones Unidas, 2006, párr. 9).

Los sistemas de derecho consuetudinario pueden constituir también el primer (o el único) recurso de los pueblos indígenas para acceder a la justicia, especialmente en áreas rurales. Así pues, al evaluar la constitución de un país que practica el pluralismo jurídico es importante entender el lugar que ocupan el derecho religioso y el derecho consuetudinario en la constitución. Por ejemplo, respecto de la jerarquía de las leyes, es importante considerar si el estatus de la constitución es el de ley suprema, por encima de todos los demás sistemas legales, y si establece principios que todos los demás sistemas legales deben cumplir, o si funciona en paralelo con (o será subsidiaria de) otros sistemas legales. También es importante comprender al menos básicamente la posición y el alcance de los sistemas plurales de derecho reconocidos en lo relativo a cuestiones clave de los derechos de los pueblos indígenas, y cómo tales pueblos se ven afectados por los diferentes sistemas de derecho.

El Relator Especial subraya la importancia de establecer mecanismos para el reconocimiento efectivo del pluralismo jurídico, de manera que el derecho nacional y el indígena o consuetudinario puedan coexistir y que los tribunales puedan emitir fallos y decisiones favorables a los pueblos indígenas sin crear excesivas inconsistencias entre jurisdicciones, a la vez que reconcilian y equilibran estos derechos con otros, por ejemplo, con los derechos de las mujeres (Naciones Unidas, 2006, párrs. 31-39). Los conflictos entre leyes y la confusión resultante podrían causar violaciones de los derechos de los pueblos indígenas (Naciones Unidas, 2006, párr. 45), pero es importante ser honestos a la hora de reconocer que frecuentemente existen “dificultades para el reconocimiento efectivo del derecho indígena, incluso en aquellos países donde el pluralismo jurídico se reconoce oficialmente” (Naciones Unidas, 2006, párr. 37).

Pueblos indígenas

Los representantes de los pueblos indígenas en los foros legales internacionales han estado generalmente en contra de adoptar una definición estricta y universal del concepto de “pueblos indígenas” a nivel internacional; más bien, han hecho hincapié en el “deseo y derecho de cada pueblo indígena a definirse por sí mismo” (APF y ACNUDH, 2013, pág. 6). No existe, pues, una definición universal y legalmente vinculante de “los pueblos indígenas”, aunque sí se dispone de ciertos criterios usados comúnmente en todo el mundo para facilitar el proceso de identificación. El Convenio 169 de la OIT se apoya en un enfoque práctico, proporcionando criterios objetivos y subjetivos para identificar a los pueblos afectados (véase OIT, 1989, art. 1). Estos criterios se pueden resumir así (OIT, s. d.):

	Criterios subjetivos	Criterios objetivos
Pueblos indígenas	Autoidentificación con un pueblo indígena	<p>Descender de poblaciones que habitaron el país o la región geográfica en el momento de la conquista, colonización o establecimiento de los límites actuales del Estado.</p> <p>Conservan todas o algunas de sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, sin importar su estatus legal.</p>
Pueblos tribales	Autoidentificación con un pueblo indígena	<p>Sus condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional.</p> <p>Su estatus se regula, total o parcialmente, por sus propias costumbres o tradiciones, o por leyes y reglamentos especiales.</p>

El informe Martínez Cobo¹⁰, cuyo autor es el Relator Especial de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de Minorías, propuso también una definición práctica (Martínez Cobo, 1987, párr. 379):

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

El citado informe explica también que:

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores:

- a) Ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas;
- b) Ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras;
- c) Cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.);

10 El año 1970 es un punto de inflexión en el estudio de la discriminación contra las poblaciones indígenas, pues la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y para la Protección de Minorías recomendó que se efectuase un estudio sobre la discriminación contra los pueblos indígenas. Para llevar a cabo tal estudio se nombró a un Relator Especial, el Sr. José R. Martínez Cobo, de Ecuador. Su informe final fue presentado a la Subcomisión de 1981 a 1984 (ver Naciones Unidas, 2014), y sus conclusiones y recomendaciones, publicadas en 1987 (Martínez Cobo, 1987), “son un hito importante en la consideración de las Naciones Unidas de los problemas de derechos humanos a los que se enfrentan los pueblos indígenas” (Naciones Unidas, 1997a).

- d) Idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal);
- e) Residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo;
- f) Otros factores pertinentes (Martínez Cobo, 1987, párr. 380).

Finalmente, la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de las Naciones Unidas, Erica-Irene A. Daes, señaló algunos “factores que las organizaciones internacionales y los juristas contemporáneos (incluidos los juristas indígenas y miembros de los círculos académicos) han considerado pertinentes para la comprensión del concepto de ‘indígena’” (Naciones Unidas, 1996b, párr. 69):

- a) la prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;
- c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
- d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

Sin embargo, la Presidenta-Relatora subrayó el hecho de que esos factores “no constituyen, ni pueden constituir, una definición inclusiva o exhaustiva” (Naciones Unidas, 1996b, párr. 70). En otro documento señala que “los pueblos indígenas han sufrido a causa de las definiciones impuestas por personas ajenas a ellos”, además de que, con frecuencia, no son reconocidos en absoluto. Los pueblos indígenas deben participar en el desarrollo de cualquier definición usada para identificarlos y tienen derecho a elegir si identificarse o no con esa definición (Naciones Unidas, 1995, párr. 6).

Sistemas federales y descentralizados

En sistemas federales y descentralizados, los poderes y las responsabilidades están divididas entre los niveles de gobierno nacional y subnacional. En sistemas que reconocen la autonomía transferida o el autogobierno, ello podría incluir la asignación de poderes formales a gobiernos de los pueblos indígenas, o a los gobiernos de las áreas autónomas, además de a otras unidades subnacionales. Una constitución usualmente expone qué poderes se asignan a cada nivel, y puede disponer que aquellos poderes que no se encuentran enumerados (“poderes residuales”) pertenecerán a uno u otro nivel. Al decidir qué asuntos quedan principalmente bajo el control del nivel nacional o subnacional, los redactores de la constitución deberían pensar qué nivel tiene la capacidad para abordar el asunto en cuestión de manera más efectiva, y si la cuestión es aplicable al país entero o es territorialmente específica. Generalmente, el nivel nacional de gobierno tiene una mayor capacidad para obtener ingresos y, por tanto, más recursos para prestar servicios, incluidos los que son clave para la igualdad de derechos de los pueblos indígenas, tales como la atención médica y la educación. Sin embargo, el gobierno local puede ser más sensible a las necesidades de las comunidades a las que sirve. Las constituciones pueden especificar principios que guiarán la distribución de poderes entre los diferentes niveles de gobierno¹¹ o identificar los objetivos de los niveles subnacionales de gobierno

11 El artículo 25 (c) de la Constitución de Sudán (2005) señala que el reconocimiento del papel del Estado en la promoción del bienestar del pueblo y la protección de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales es uno de los principios que guiarán la transferencia y la distribución de poderes entre todos los niveles de gobierno.

para guiar la distribución de poderes y responsabilidades¹². Estos principios u objetivos pueden estar relacionados con el papel del Estado en la protección y la satisfacción de los derechos del pueblo y la prestación de servicios.

Como derecho y también como buena práctica, los pueblos indígenas deben tener derecho al autogobierno y a la autonomía regional; sin embargo, las relaciones entre los pueblos indígenas y el gobierno y los deberes de proporcionar derechos y servicios a los pueblos indígenas son “asignados” con frecuencia a uno u otro nivel del gobierno. Un gobierno de cualquier nivel al que se asigne esta competencia puede redactar y, usualmente, ejecutar, leyes relativas a los pueblos indígenas. No existe una forma única de abordar este tema (véase la pregunta 28 en el capítulo 4). La práctica sugiere que la mayoría de los gobiernos cataloga los asuntos de los pueblos indígenas como una competencia del gobierno nacional/central, sobre la base de la idea de que los derechos de los pueblos indígenas no deberían variar a lo largo del país, y que los poderes asociados a la práctica de los derechos fundamentales pueden ser garantizados de forma más efectiva a nivel nacional.

Tierra, territorios y recursos naturales

La tierra, los recursos naturales y los derechos territoriales usualmente se consideran derechos esenciales de los pueblos indígenas, con base en la previa ocupación de la tierra y los territorios y en el significado de estos y de los recursos naturales para los pueblos indígenas. En ocasiones, estos derechos se presentan bajo la forma de “derechos del (primer) usuario”, lo que significa que los pueblos indígenas tienen derecho a ser los primeros beneficiarios de la explotación de los recursos naturales y de otros recursos locales disponibles en su propio territorio (IDEA Internacional, 2014, pág. 47). Los derechos preferentes se mencionan a veces como el derecho a país, particularmente en el contexto de Australia.

Los derechos a territorios, tierras y recursos naturales se detallan en los artículos 25 y 26 de la DNUDPI (Naciones Unidas, 2007). El artículo 25 establece que los pueblos indígenas “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”. Por su parte, el artículo 26 establece lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

En suma, se incluyen los derechos a la propia tierra, territorios y aguas, pero también a sus recursos (animales, vegetación, minerales, etc.). El artículo 27 de la DNUDPI describe las obligaciones de los gobiernos a la hora de satisfacer estos derechos: deben establecer y aplicar procesos imparciales, abiertos y transparentes para reconocer debidamente y adjudicar los derechos a tierras, territorios y recursos. Este mismo artículo establece también que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en dichos procesos.

12 Véase el artículo 152 de la Constitución de Sudáfrica de 1996: “1. Los objetivos del gobierno local son: a. procurar un gobierno democrático y responsable para las comunidades locales; b. asegurar la provisión de servicios a las comunidades de una manera sostenible; c. promover el desarrollo social y económico; d. promover un medio ambiente seguro y saludable; e. fomentar la participación de las comunidades y de las organizaciones de la comunidad en las materias de gobierno local. 2. Una municipalidad debe esforzarse, dentro de su capacidad financiera y administrativa, en alcanzar los objetivos expuestos en la subsección (1)”.

Titulares de derechos

El concepto de titular de derechos alude al estatus de la unidad que está siendo reconocida como titular de derechos frente al gobierno del Estado y otras instituciones, según sea relevante. Un titular de derechos puede ser un individuo, un colectivo o grupo o una corporación. El ser titular de derechos le permite al individuo o al colectivo presentar reclamaciones legítimas contra el Estado y otros agentes que pueden ser legalmente responsables de violaciones de los derechos de sus titulares. Exactamente quién es el titular de los derechos y quién es el “titular del deber” (individuo o institución responsable de proteger y satisfacer los derechos) depende de la ley en cuestión. Por ejemplo, un Estado puede ser un titular de deberes según el derecho internacional o constitucional; las constituciones, y a veces la legislación, pueden establecer también deberes sobre agentes privados como empresas e incluso deberes horizontales exigibles entre individuos. La medida exacta de los derechos de un titular de derechos también depende de la ley. La ley otorga derechos al titular de derechos; por ejemplo, derechos a la propiedad privada, derecho a la libertad de expresión o, en algunos países, el derecho a la alimentación y a la vivienda. Algunos derechos humanos son cada vez más reconocidos como universales, es decir, que pertenecen a todos los seres humanos. Por extensión, esto convierte a todos los seres humanos en titulares de derechos.

Gracias a esta universalización, ser reconocido como un titular de derechos se ha convertido en una forma de reconocimiento de la dignidad humana. El poseedor de derechos no necesita aproximarse al Estado o a otro ente responsable para pedir un favor. Más bien, un derecho es algo exigible y una plataforma sobre la que el titular de derechos puede presentar una demanda legítima por violación de sus derechos. El titular de derechos puede dirigirse al responsable de garantizar esos derechos con confianza y como un igual para exigirle cuentas.

En esta herramienta de evaluación, definir si los colectivos se reconocen como titulares de derechos es importante (véase la pregunta 8). Los derechos de los pueblos indígenas frecuentemente son colectivos por naturaleza, es decir, el titular de los derechos de los pueblos indígenas es un colectivo, ya sea la comunidad, la nacionalidad, la tribu o el pueblo en cuestión. De esta manera, un individuo indígena puede tener derechos individuales (como la libertad de expresión) y también derechos colectivos adicionales, por ejemplo el derecho a la propiedad de tierras comunales por el hecho de ser miembro del colectivo.

Tratados y acuerdos

Los tratados son acuerdos legalmente vinculantes firmados entre dos o más poderes soberanos. En el proceso histórico de colonización y despojo de las tierras y territorios de los pueblos indígenas se firmaron muchos tratados históricos que, en sí mismos, son evidencia de que los pueblos indígenas eran considerados agentes soberanos, si no iguales. Una característica transversal de la concertación de tratados es, pues, el principio de reciprocidad, lo que también se corrobora si se tiene en cuenta “cómo el conocimiento que diversas partes indígenas tienen de los tratados perpetúa la naturaleza básica de las relaciones contractuales” (Naciones Unidas, 1999, párr. 63). Si los pueblos indígenas y los gobiernos estatales firmaron tratados históricos, la DNUDPI sostiene que se deben reconocer como legalmente vinculantes y deben realizarse acciones para hacer realidad cualquier compromiso con los pueblos indígenas reconocido en esos tratados. Cuando se hace referencia a tratados y acuerdos en esta herramienta de evaluación, se pueden considerar los siguientes documentos contemplados en un estudio de las Naciones Unidas sobre tratados, convenios y acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas: “i) tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas; ii) acuerdos concertados entre Estados u otras entidades y pueblos indígenas; iii) otros acuerdos constructivos concertados con la participación de los pueblos indígenas interesados; [y] iv) tratados concluidos entre Estados que contienen disposiciones que afectan a los pueblos indígenas como terceros” (Naciones Unidas, 1999, párr. 34).