



Consejo Económico y Social

Distr. general
20 de febrero de 2013
Español
Original: inglés

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

12º período de sesiones

Nueva York, 20 a 31 de mayo de 2013

Tema 6 del programa provisional*

Debate sobre la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas

Estudio sobre las constituciones nacionales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

Nota de la secretaria

En virtud de una decisión adoptada por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en su décimo período de sesiones (véase E/2011/43, párr. 101), la Sra. Megan Davis, el Sr. Simon William M'Viboudoulou, la Sra. Valmaine Toki, el Sr. Paul Kanyinke Sena, el Sr. Edward John, el Sr. Álvaro Esteban Pop Ac y el Sr. Raja Devasish Roy, miembros del Foro, llevaron a cabo un estudio de las constituciones nacionales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas con miras a evaluar de qué modo y en qué medida se incluían los derechos humanos de los pueblos indígenas en las constituciones nacionales, refiriéndose específicamente a los derechos reconocidos en la Declaración. Este estudio se presenta al Foro en su 12º período de sesiones.

* E/C.19/2013/1.



Estudio sobre las constituciones nacionales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas¹

I. Introducción

1. En su décimo período de sesiones, en 2011, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas encomendó un estudio para evaluar de qué modo y en qué medida se incluían los derechos humanos de los pueblos indígenas en las constituciones nacionales, refiriéndose específicamente a los que se reconocen en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

2. En el presente estudio se ofrece información sobre los avances más recientes en los Estados que han reconocido los derechos de los indígenas en sus constituciones. Se investiga las formas en que los Estados están llevando a cabo procesos de reforma constitucional que incluyen el reconocimiento de los derechos y la cultura de los pueblos indígenas. En la parte II se examinan las disposiciones de la Declaración que resultan pertinentes para las constituciones nacionales y en la parte III figura un resumen del reconocimiento de los derechos indígenas o de los pueblos indígenas en una muestra de constituciones a nivel mundial para demostrar cómo se ha realizado, o puede realizarse, el proceso de reforma constitucional. En la parte IV figura un examen más detallado de los actuales procesos de reforma constitucional en Australia, Bangladesh, Kenya, Nepal y Nueva Zelandia. En la parte V se incluyen conclusiones y recomendaciones.

II. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas y el reconocimiento constitucional

3. La Declaración contiene disposiciones que son pertinentes para la cuestión del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas. Son las siguientes:

a) El artículo 3, que dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y, en virtud de ese derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural;

b) El artículo 18, que dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones;

c) El artículo 19, que dispone que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

¹ Los autores desean reconocer la valiosa asistencia en la preparación del presente estudio del Sr. John C. Scott, el Sr. Daniel Cabello Llamas y la Sra. Patricia Bittner, del Center for Public Service Communications, y el Sr. Dennis Mairena, del Centro para la Autonomía y Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

4. La constitución es la ley suprema en la mayoría de países. Si bien las constituciones pueden ser escritas o verbales, desde la Segunda Guerra Mundial los países tienden a aprobar constituciones escritas. En las últimas décadas, muchos Estados han reconocido a los pueblos indígenas en su Constitución. Ese reconocimiento puede ser débil o sólido. Una forma débil de reconocimiento puede ser, por ejemplo, un texto que no sea vinculante en el que se reconozca la presencia de pueblos indígenas dentro de un Estado, mientras que una forma sólida de reconocimiento puede suponer el afianzamiento de los derechos de los pueblos indígenas, como los derechos reconocidos en los tratados o los derechos sobre la tierra, o la consolidación de una prohibición de la discriminación racial. El reconocimiento constitucional se considera un importante avance simbólico y sustancial cuya finalidad es no solo el afianzamiento de los derechos indígenas sustanciales sino la mejora de su bienestar. Como explica un líder indígena de Australia:

“He llegado a la conclusión de que las constituciones nacionales son el marco supremo en que se prevé el bienestar —o la ausencia de este— de los ciudadanos de una nación, ya que es en la constitución nacional donde se define cómo se debe gobernar una sociedad, y cuál es el lugar del ciudadano, y cuáles sus relaciones con otros ciudadanos y las instituciones del país.”²

5. Esta idea ha sido apoyada por el Real Colegio de Psiquiatría de Australia y Nueva Zelanda, que observa una correlación entre la falta de reconocimiento constitucional y las condiciones económicas desfavorables de los pueblos indígenas. Más específicamente, esta institución sostiene que el reconocimiento es un paso fundamental para apoyar la mejora de la salud mental de los indígenas y que la falta de reconocimiento de la existencia de un pueblo en la constitución de un país tiene consecuencias profundas para su sentido de pertenencia y de valor en la comunidad y perpetúa la discriminación y los prejuicios, socavando aún más las esperanzas de los pueblos indígenas³.

III. Reconocimiento de los derechos de los indígenas en las constituciones

6. En esta sección se estudian las maneras en que algunos países cumplen los artículos de la Declaración mencionados anteriormente. No todas las constituciones que se señalan cumplen todos los artículos. Algunas abordan solo partes de varios artículos. Los países seleccionados en el presente documento no constituyen una lista exhaustiva de todos los que incorporan la protección de los derechos de los indígenas en su constitución. Se trata, más bien, de una muestra representativa de la diversidad de maneras en que esos derechos pueden ser reconocidos constitucionalmente, tanto a nivel regional como mundial.

² Noel Pearson, “Constitutional reform crucial to indigenous wellbeing”, *The Australian*, 24 de diciembre de 2011. Puede consultarse en www.theaustralian.com.au/national-affairs/opinion/constitutional-reform-crucial-to-indigenous-wellbeing/story-e6frgd0x-1226229707704.

³ Grupo de Expertos sobre el reconocimiento constitucional de los indígenas australianos, “Recognising Aboriginal and Torres Strait Islander Peoples in the Constitution: Report of the Expert Panel” (Canberra, enero de 2012), pág. 40. Puede consultarse en www.youmeunity.org.au/final-report.

A. Artículo 3 de la Declaración: derecho a la libre determinación

Ártico

7. En el artículo 2 de la Constitución de Suecia se estipula que se deben promover las oportunidades para que los samis y las minorías étnicas lingüísticas y religiosas puedan preservar y desarrollar una vida social y cultural propias. En el artículo 17, relativo a la libertad de comercio, se establece el derecho de los samis a practicar la cría de renos.

8. La Constitución de Finlandia reconoce el derecho de los indígenas samis, así como de los romaníes y otros grupos, a preservar y conservar sus lenguas y culturas propias. El artículo 121 estipula que, en su región nativa, los samis tienen autonomía lingüística y cultural.

9. En el artículo 110^a de la Constitución de Noruega se estipula que es responsabilidad del Estado crear las condiciones necesarias para permitir a los indígenas samis conservar y desarrollar su idioma, su cultura y su modo de vida.

América Central y del Sur

10. En el artículo 2 de la Constitución de México se establece que el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. La Constitución también dispone que la ley debe proteger y promover el desarrollo de los idiomas, las culturas, las costumbres, los recursos y las formas específicas de organización social de los indígenas. Además, garantiza a los miembros de los grupos indígenas el acceso efectivo a la justicia.

11. La Constitución del Brasil contiene un capítulo dedicado a los derechos de los indígenas. En el artículo 210 se reconoce que en los planes de estudio deben fijarse mínimos de enseñanza en la escuela primaria para asegurar el respeto de los valores culturales y se estipula que la educación primaria en las comunidades indígenas debe promover el uso de sus lenguas maternas. De acuerdo con el artículo 231, se reconocen la organización social, las costumbres, las lenguas y las creencias tradicionales de los pueblos indígenas, así como sus derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan.

12. En el artículo 2 de la Constitución del Ecuador se reconocen los idiomas indígenas como parte de la cultura nacional. El artículo 84 garantiza la dignidad de los pueblos y las nacionalidades indígenas. El artículo 242 indica que las circunscripciones territoriales indígenas son regímenes especiales, y el artículo 57 reconoce a los pueblos indígenas el derecho a aplicar sus propios sistemas jurídicos.

13. Los pueblos indígenas están reconocidos en la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia. El artículo 5 establece que los idiomas de las naciones y pueblos indígenas son oficiales junto con el español y deben ser reconocidos en un sistema de educación multilingüe. El artículo 30 establece que los pueblos indígenas tienen el derecho de vivir de acuerdo con su identidad cultural, su creencia religiosa, sus espiritualidades, sus prácticas y costumbres y su propia cosmovisión. También tienen derecho a la libre determinación en forma de la titulación colectiva de tierras y territorios, la protección de sus lugares sagrados y el respeto y la promoción de sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus rituales y sus símbolos y vestimentas y su propiedad intelectual colectiva.

Federación de Rusia

14. El artículo 69 de la Constitución de la Federación de Rusia garantiza los derechos de las minorías indígenas de conformidad con los principios y las normas universalmente reconocidos del derecho internacional y con los tratados y acuerdos internacionales firmados por la Federación de Rusia.

América del Norte

15. En el artículo 35 de la Constitución del Canadá se reconocen y afirman los derechos ancestrales y reconocidos en los tratados de los indígenas del Canadá con relación a la tierra. Aunque en el artículo no se dispone específicamente el autogobierno indígena, la política del Gobierno considera que ese derecho existe en virtud del mismo desde 1995⁴. En el artículo 25 protege los derechos preexistentes de los pueblos aborígenes a fin de que los derechos protegidos por la Constitución no limiten o de otro modo invaliden los derechos de los pueblos aborígenes. En 2010, el Gobierno hizo suya la Declaración, reconociendo que tenía mucho en común con los derechos de los indígenas ancestrales y reconocidos en los tratados, consagrados en la Constitución⁵.

16. La Constitución de los Estados Unidos de América establece una federación tripartita constituida por las tribus indias soberanas, los gobiernos estatales y el Gobierno federal. Se puede interpretar que en las enmiendas novena y la décima a la Constitución se protegen los derechos inherentes de gobierno autónomo de las tribus indias. En 2010, después de un examen interinstitucional de la Declaración y en consulta con los líderes tribales y con la participación de otros interesados, el Gobierno federal hizo suya la Declaración, pues era coherente con el reconocimiento existente de la libre determinación de los indios⁶.

África

17. En el artículo 6 de la Constitución de Sudáfrica se reconoce la disminución histórica del uso y el estatus de los idiomas indígenas y se estipula que el Estado debe adoptar medidas prácticas y positivas para incrementar el uso de esos idiomas.

Asia

18. La Constitución de Filipinas es una de las más progresistas de Asia Sudoriental, ya que cuenta con varias disposiciones concretas relativas a los pueblos indígenas. En el artículo XII, párr. 5, se dispone que el Estado debe proteger los derechos de las comunidades culturales indígenas a sus tierras ancestrales para garantizar su bienestar económico, social y cultural. En el artículo XIV, párr. 17, se estipula que el Estado debe reconocer, respetar y proteger los derechos de las comunidades culturales indígenas a preservar y desarrollar sus culturas, tradiciones

⁴ Ministerio de Asuntos Aborígenes y de Desarrollo del Norte del Canadá, “The Government of Canada’s approach to the implementation of the inherent right and the negotiation of aboriginal self-government”, 15 de septiembre de 2010. Puede consultarse en www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1100100031843/1100100031844.

⁵ Centre for International Policy Studies, “Canada and UNDRIP: moving forward on indigenous diplomacy”, 3 de noviembre de 2011. Puede consultarse en <http://cips.uottawa.ca/canada-and-undrip-moving-forward-on-indigenous-diplomacy-2/>.

⁶ National Congress of American Indians, “International issues”. Puede consultarse en www.ncai.org/policy-issues/tribal-governance/international-issues.

e instituciones, y debe tener en cuenta esos derechos al formular planes y políticas nacionales. En el artículo X, párr. 1, se establecen regiones autónomas en la Mindanao Musulmana y Cordilleras.

19. En la Constitución de Malasia se estipulan cupos especiales para cargos públicos y licencias para los pueblos indígenas de los estados de Sabah y Sarawak (arts. 153, 161, 161A, 161B y 161E). Las disposiciones de discriminación positiva para los pueblos indígenas los protegen contra la discriminación (arts. 8 y 161A 5)).

B. Artículo 18 de la Declaración: derecho a tener órganos de adopción de decisiones representativos

Ártico

20. El artículo 28 de la Constitución de Dinamarca asigna cargos parlamentarios a representantes de las Islas Feroe y de Groenlandia (una división administrativa de ultramar autónoma de Dinamarca desde 1979).

América Central y del Sur

21. El artículo 7 de la Constitución de Colombia, reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. En el artículo 330 se establece que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades. En el artículo 246, se dispone que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos.

Asia

22. La Constitución de la India prevé cargos legislativos para los miembros de las castas y las tribus desfavorecidas (arts. 330 y 332), el establecimiento de consejos de distrito y regionales autónomos (sexto anexo) y puestos en la administración pública reservados para los miembros de las castas y las tribus desfavorecidas (art. 16 4A)).

C. Artículo 19 de la Declaración: derecho a dar o denegar su consentimiento en relación con las decisiones del Estado que afecten a los pueblos indígenas

América Central y del Sur

23. La Constitución del Ecuador reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en relación con la prospección y la explotación de los recursos naturales que se encuentren en sus tierras (art. 57 7)) y el derecho a mantener, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico (art. 57 13)).

24. La Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia establece que es obligación del Estado consultar a los pueblos indígenas sobre los temas que los atañen, particularmente en lo relativo a la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios (arts. 403 y 394).

África

25. De acuerdo con el artículo 36 de la Constitución de Uganda, las minorías tienen derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones y a que sus intereses y opiniones sean tomados en cuenta durante la formulación de planes y programas nacionales.

Asia

26. Además de otorgar la condición de estado y de crear consejos a nivel de distrito y regional en el noreste del país, la Constitución de la India contiene varias otras medidas para proteger la integridad de los pueblos indígenas nororientales a quienes se hace referencia como *scheduled tribes* o “tribus desfavorecidas”. Entre ellas cabe citar una disposición que impide al órgano legislativo federal legislar sobre la propiedad de la tierra o las prácticas sociales y religiosas de los pueblos indígenas de los estados de Nagaland y Mizoram sin el consentimiento de la asamblea legislativa del estado afectado (arts. 371A y 371G) y el requisito de consultar a los miembros tribales de los órganos legislativos antes de legislar sobre las zonas desfavorecidas (quinto anexo).

27. La Constitución de Malasia reconoce la autonomía de la autoridad de los estados de Sabah y Sarawak con respecto a las leyes relacionadas con la tierra (arts. 95B, 95D y 95E).

IV. Avances constitucionales hacia el reconocimiento de los derechos indígenas

28. Esta sección se centra en las medidas que los países están adoptando para incorporar en sus constituciones las disposiciones contenidas en la Declaración. De nuevo, esta no es una lista exhaustiva de dichos intentos, sino una muestra mundial de las iniciativas actuales que están dando buenos resultados, resultados parcialmente buenos, o que aún no han sido evaluadas.

A. Artículo 3 de la Declaración: derecho a la libre determinación

África

29. Kenya está realizando varios cambios constitucionales en relación con los derechos de los pueblos indígenas. El concepto de un “comunidad marginada” se define de diferentes maneras en la cláusula de interpretación de la Constitución: como una comunidad tradicional que, por necesidad o deseo de preservar su cultura e identidad únicas frente a la asimilación, ha quedado fuera de la vida social y económica integrada de Kenya en su conjunto; como una comunidad indígena que ha retenido y mantenido un estilo de vida y unos medios de subsistencia tradicionales basados en la economía de caza o de recolección; y como una comunidad, ya sea nómada o sedentaria que, por su relativo aislamiento geográfico, ha tenido una participación meramente marginal en la vida social y económica integrada de Kenya en su conjunto (art. 260). La Constitución incluye ahora el concepto de la libre determinación dispuesto en la Declaración al reconocer la necesidad o el deseo de esas comunidades de preservar sus culturas e identidades singulares (art. 174).

30. El artículo 7 obliga al Estado a promover y proteger la diversidad de idiomas del pueblo de Kenya y a promover el desarrollo y el uso de los idiomas indígenas. El artículo 11 reconoce la cultura como cimiento de la nación y obliga al Estado a promover todas las formas de expresión cultural, entre otras cosas, a través de la literatura, las artes, las celebraciones tradicionales, la ciencia, la comunicación, los medios de difusión, las publicaciones y las bibliotecas. El Estado también está obligado a reconocer el papel que desempeñan las tecnologías indígenas en el desarrollo de la nación, a promover los derechos de propiedad intelectual del pueblo de Kenya y a promulgar leyes que aseguren que las comunidades reciben una remuneración o regalías por el uso de sus productos culturales. También debería promulgarse legislación que reconozca y proteja la propiedad de las variedades de semillas y plantas indígenas, su genética y sus características diversas y su uso por parte de las comunidades.

31. El artículo 61 de la Constitución clasifica la tierra en pública, comunitaria o privada. El artículo 63 estipula que la tierra comunitaria debe ser conferida a comunidades identificadas en base a su etnia, cultura u otros atributos similares. La tierra comunitaria incluye la que se posee legalmente en nombre de los representantes del grupo, la que se transfiere legalmente a una comunidad específica y cualquier otra tierra que sea declarada tierra comunitaria por una ley del Parlamento. También incluye la tierra que poseen, gestionan o utilizan comunidades específicas, como los bosques comunitarios, los pastizales o santuarios, las tierras ancestrales y las tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades de cazadores y recolectores. Existen varias salvedades, por ejemplo, no debe disponerse de la tierra comunitaria ni esta debe ser utilizada a menos que se haga en cumplimiento de lo dispuesto por la ley. Además, en virtud del artículo 66, el Estado puede seguir regulando el uso de cualquier tierra por razones de defensa; seguridad, orden, moral o salud públicos; o planificación del uso de la tierra.

Asia

32. Hasta que se enmendó en 2011, la Constitución nacional de Bangladesh no incluía ninguna referencia específica a los pueblos indígenas. Su presencia solo se reconocía en la Constitución indirectamente, a través de las disposiciones de discriminación positiva relativas a medidas especiales para lo que se denominaban “los sectores de ciudadanos más atrasados” (arts. 14, 28 4) y 29 3)). Tras la aprobación de la decimoquinta enmienda, la Constitución dispone que el Estado debe adoptar medidas para proteger y desarrollar la cultura y las tradiciones locales únicas de las tribus, las razas menores, las sectas étnicas y las comunidades.

33. El estatuto de los pueblos indígenas en la Constitución del Pakistán ha variado, también en el período comprendido entre 1947 y 1971, cuando Bangladesh formaba parte del Pakistán. De 1947 a 1962, las Colinas de Chittagong y el área metropolitana de Mymensingh fueron añadidas a la lista de zonas excluidas, con arreglo al artículo 92 de la Ley del Gobierno de la India de 1935. Las zonas excluidas se regían por reglamentos especiales y las leyes de aplicación nacional general solo se extendían a esas zonas en parte o de forma modificada. Los reglamentos especiales reconocían las normas de los dirigentes tradicionales, los jefes y los caciques y la invocación del derecho consuetudinario en sus respectivas jurisdicciones. La entrada en las tierras tradicionales y la adquisición de derechos a la tierra por personas ajenas a la comunidad estaba prohibida o restringida, y los

préstamos de dinero y el comercio introducidos por dichas personas también estaban estrictamente regulados⁷.

34. Entre 1947 y 1971 en las zonas parcialmente excluidas, como Mymensingh, Bangladesh y Jharkhand, Orissa, Madhya Pradesh y varios otros estados de la India peninsular se aplicaban más leyes generales y el Gobierno central representaba un papel más importante. Así pues, las instituciones indígenas tradicionales tenían en esas zonas un papel y un estatus menos prominentes que en las zonas excluidas. Durante el dominio británico de la India (que comprendía los actuales Bangladesh, India y Pakistán) todas esas zonas disfrutaban de la condición de zonas exclusivas, ya que algunas partes de esas regiones estaban (y aún están) pobladas principalmente por pueblos indígenas (incluidos los estados de Arunachal Pradesh, Meghalaya, Nagaland y Mizoram). En épocas anteriores, las zonas excluidas y parcialmente excluidas eran consideradas “zonas atrasadas” (Ley del Gobierno de la India de 1915, art. 52A) y, antes incluso, “distritos desfavorecidos” (Ley de Distritos Desfavorecidos de 1874).

35. En la Constitución de 1962, las zonas excluidas fueron redefinidas como zonas tribales. El área metropolitana de Mymensingh se eliminó de la lista de zonas tribales (aunque es necesario señalar que, para entonces, los indígenas de la zona ya habían sido reducidos a una minoría por la inmigración no restringida), pero se mantuvieron las Colinas de Chittagong y Dir, Chitra y varios otros lugares que ahora se encuentran en la provincia de Khyber Pakhtunkhwa (Pakistán). El Estatuto de zona tribal de las Colinas de Chittagong fue revocado mediante una enmienda constitucional en 1964, en contravención del artículo 223 de la Constitución, que garantizaba consultas con los representantes de una zona antes de que perdiera dicho estatuto. Las Colinas de Chittagong pasaron a ser parte de Bangladesh cuando el país alcanzó su independencia en 1971. El Acuerdo de Chittagong Hill Tracts, firmado por el mayor partido regional de los pueblos indígenas, Parbatya Chattagram Jana Sanghati Samiti, y el Gobierno de Bangladesh en 1997, reactivó una medida de autonomía y autogobierno pero no el estatuto constitucional especial de la región. La ausencia de salvaguardias constitucionales expresas ha dado lugar a prácticas, como la transferencia de colonos no indígenas, que convierten a los pueblos indígenas en minorías en su patria ancestral, y ha debilitado visiblemente sus sistemas de autogobierno, sus derechos a la tierra y los recursos y su integridad política, social y cultural⁸.

36. Nepal se encuentra en proceso de aprobación de una nueva constitución tras haber pasado de ser una monarquía a convertirse en una república. Su proyecto de constitución provisional incluye disposiciones que permiten un grado de libre determinación para las tribus indígenas.

Pacífico

37. Durante décadas se han realizado en Australia campañas para que los pueblos indígenas estén reconocidos en la Constitución, ya que este no es el caso en la actualidad. Dichas campañas se centraban en los artículos 25 y 51 xxvi). El artículo 25 permite a los

⁷ Zainul Aidin Ahmad, “Excluded areas under the new Constitution”, Congress Political and Economic Studies, núm. 4 (Allahabad, Ashraf, 1937).

⁸ Jenneke Arens y Kirti Chakma, “Bangladesh: indigenous struggle in the Chittagong Hill Tracts”, 2002. Puede consultarse en: www.conflict-prevention.net/page.php?id=40&formid=73&action=show&surveyid=14.

estados excluir a algunas razas del derecho de voto y ha sido utilizado anteriormente para aprobar leyes que excluían a los pueblos aborígenes⁹. El artículo 51 xxvi) permite al Parlamento promulgar leyes para el pueblo aborigen. Ese artículo permite aprobar leyes relativas a personas de cualquier raza para las que se considere necesario promulgar leyes especiales. Por ello, esa potestad puede servir para apoyar leyes tanto favorables como adversas. Dado que Australia no tiene una declaración de derechos y garantías fundamentales, el Gobierno federal tiene básicamente poder ilimitado para aprobar leyes que discriminen entre razas y que pueden tener consecuencias negativas sobre los pueblos indígenas. Por consiguiente, afianzar en la Constitución la prohibición de la discriminación racial se considera un elemento fundamental para el reconocimiento indígena en Australia:

La eliminación de la discriminación racial está intrínsecamente relacionada con el reconocimiento de los indígenas, ya que los pueblos indígenas en Australia han sufrido mucha discriminación racial en el pasado, más que cualquier otro grupo. La discriminación de los indígenas fue tan extrema que, al principio, Australia incluso negó que existiéramos. Por ello, no se reconoció a los indígenas australianos. Después, los indígenas fueron explícitamente excluidos de la Constitución. Aún hoy estamos sujetos a leyes específicas según la raza, sin que exista la condición de que dichas leyes sean favorables ni que se prohíba la discriminación negativa³.

38. Tanto el Gobierno como la oposición actuales tienen el empeño de lograr el reconocimiento de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres en la Constitución¹⁰. En 2010, el Primer Ministro creó un panel de expertos con el fin de considerar opciones para un referéndum sobre una enmienda constitucional encaminada a proporcionar dicho reconocimiento. El panel estaba formado por expertos indígenas y no indígenas que consultaron al pueblo australiano y a las comunidades de aborígenes y de isleños del estrecho de Torres a lo largo de 2010 y recomendaron algunas enmiendas a la Constitución, como que deberían derogarse los artículos 25 y 51 xxvi) y que debería incluirse un nuevo artículo 51A para reconocer a los pueblos aborígenes y los isleños del estrecho de Torres y preservar la capacidad del Gobierno de aprobar leyes que los beneficiaran. Además, el panel recomendó que se incluyera un nuevo artículo 116A que prohibiera la discriminación racial, y un nuevo artículo 127A que reconociera que los idiomas de los aborígenes y los isleños del estrecho de Torres fueron los primeros idiomas de Australia, confirmando al mismo tiempo que el inglés es el idioma nacional³.

39. Nueva Zelandia es uno de los tres únicos países que no tienen una constitución escrita, siendo los otros dos Israel y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Aunque Nueva Zelandia heredó su Constitución del Reino Unido, ambos sistemas han evolucionado de forma diferente. Las fuentes de la Constitución de Nueva Zelandia incluyen los poderes de prerrogativa de la Reina, la Ley Constitucional de 1986, la Carta de Derechos de Nueva Zelandia de 1990, las decisiones de los tribunales, el Tratado de Waitangi y los convenios no escritos que regulan las relaciones entre esas fuentes. El Tratado de Waitangi fue un acuerdo

⁹ Anthony Gray, "The guaranteed right to vote in Australia", *Queensland University of Technology Law and Justice Journal*, vol. 7, núm. 2 (2007).

¹⁰ George Williams, "Pathway to referendum success is now clear", *The Sydney Morning Herald*, 17 de enero de 2012. Puede consultarse en www.smh.com.au/opinion/politics/pathway-to-referendum-success-is-now-clear-20120116-1q2yk.html.

celebrado entre la Corona británica y los pueblos indígenas maoríes de Nueva Zelandia en 1840. La versión en inglés cede soberanía, mientras que la versión en maorí no. A menudo se hace referencia a los principios de dicho Tratado, en lugar de al texto en sí, en la legislación de Nueva Zelandia (véase, por ejemplo, Ley de Conservación de 1987, art. 4, y la Ley de Empresas de Propiedad Estatal de 1986, art. 9) y en documentos normativos (tales como la Estrategia de Nueva Zelandia sobre la Discapacidad de 2001, que se alinea expresamente con los principios correspondientes del Tratado). Aunque el reconocimiento del Tratado como un documento constitucional por los tribunales indica cierto reconocimiento de los derechos indígenas en la Constitución, en la disposición constitucional actual cualquier reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas está subordinado a la doctrina central de la supremacía parlamentaria.

B. Artículo 18 de la Declaración: derecho a tener órganos de adopción de decisiones representativos

África

40. El 4 de agosto de 2010, el 68% de los kenianos que cumplían los requisitos para votar, incluidos muchos de las comunidades indígenas, lo hicieron en apoyo de la nueva constitución propuesta¹¹. La nueva Constitución marca una clara ruptura con el pasado y proporciona varias vías para lograr y reforzar los derechos personales y colectivos de los pueblos indígenas. Kenya es ahora una democracia presidencial con un parlamento bicameral integrado por un senado y un parlamento. El sistema de gobierno es descentralizado, lo que supone que los pueblos indígenas tienen autoridad sobre muchos de los 47 condados nuevos (con gobernadores elegidos). Eso les permitirá tomar decisiones que los afectan directamente. En los condados en que los pueblos indígenas constituirán minorías, se han previsto disposiciones especiales para acomodar los intereses de las minorías en tales situaciones. El capítulo IV de la Constitución (arts. 19 a 59) reconoce algunos derechos y libertades de los pueblos indígenas. El artículo 56 prevé específicamente que se aplique la discriminación positiva a las minorías y los grupos marginados mediante programas diseñados para asegurar que participan y están representados en la gobernanza y en otros ámbitos de la vida y que gozan de oportunidades educativas y económicas especiales que les den acceso al empleo.

Asia

41. La Constitución provisional de Nepal prevé la representación proporcional de los pueblos indígenas en los órganos legislativos (arts. 45 y 64), la formación de comisiones, incluida una sobre los pueblos indígenas y los grupos minoritarios (art. 154) y el reconocimiento del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y del idioma y los derechos culturales (art. 17). Sin embargo, está por ver hasta qué punto esas medidas, incluido el reconocimiento de la autonomía mediante la formación de estados étnicos, se mantendrán o pondrán en práctica.

¹¹ Tim Murithi, "Kenya's constitutional renewal: a post-referendum analysis". Puede consultarse en: www.currentanalyst.com/index.php/conflictsregional/136-kenyas-constitutional-renewal-a-post-referendum-analysis.

Pacífico

42. Los distritos electorales maoríes, también conocidos como escaños maoríes, son una categoría especial del electorado que otorga puestos reservados a los representantes de los maoríes en el Parlamento de Nueva Zelanda y conservan como una disposición constitucional singular. El censo electoral maorí asegura la inclusión de la perspectiva de los indígenas maoríes en el proceso legislativo. Sin embargo, los escaños siguen siendo objeto de controversia, pues se ha sugerido que no son democráticos y que otorgan un estatuto especial a los maoríes. Los argumentos sobre la igualdad y el multiculturalismo no tienen en cuenta a los maoríes como pueblos indígenas y asociados en virtud del Tratado de Waitangi. Como parte del Acuerdo de Relación y el Acuerdo de Confianza y Asistencia entre el Partido Nacional y el Partido Maorí, firmado el 16 de noviembre de 2008, se convino en establecer un grupo para considerar las cuestiones constitucionales relativas a los pueblos indígenas de Nueva Zelanda. En agosto de 2011, un grupo consultivo constitucional recibió el mandato de dirigir un debate público sobre los asuntos constitucionales e informar al Gobierno al respecto a más tardar en septiembre de 2013. Entre las cuestiones relevantes que ese grupo está examinando figuran el tamaño del Parlamento y la representación maorí, la participación electoral maorí, los escaños maoríes en el parlamento y el gobierno local y la función que desempeña el Tratado de Waitangi en las disposiciones constitucionales.

C. Artículo 19 de la Declaración: derecho a dar o denegar su consentimiento en relación con las decisiones del Estado que afecten a los pueblos indígenas

África

43. La Constitución de Kenya encomienda al Estado la protección de los derechos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas y la mejora de los conocimientos indígenas en relación con la biodiversidad y los recursos genéticos, además de fomentar la participación pública en la gestión, la protección y la conservación del medio ambiente (art. 69).

Pacífico

44. En febrero de 2011 se estableció en Nueva Zelanda un grupo de trabajo sobre la transformación constitucional para establecer contactos con los maoríes y trabajar en la preparación de una constitución modelo para Nueva Zelanda basada en el protocolo y la cultura maoríes, la Declaración Maorí de Independencia de 1835 y el Tratado de Waitangi. El grupo está de acuerdo en que el proceso debe ser un proceso “para los maoríes, por los maoríes” y solo organizará reuniones con el Gobierno una vez que los representantes maoríes hayan aceptado un modelo satisfactorio para la transformación constitucional¹². El grupo invitará a los maoríes a aportar sus opiniones e ideas sobre lo que creen que sus ancestros tenían previsto cuando firmaron la Declaración de Independencia y el Tratado de Waitangi.

45. La Constitución no escrita de Nueva Zelanda no reconoce ningún derecho inherente de los maoríes en tanto que pueblo indígena. El grupo recomienda que

¹² Margaret Mutu y Moana Jackson, “Iwi to hold own constitutional review”, 15 de diciembre de 2010. Puede consultarse en www.converge.org.nz/pma/cr151210.htm.

cualquier transformación constitucional incluya y reconozca los derechos fundamentales de los maoríes como pueblo indígena con arreglo a la Declaración¹².

V. Conclusiones y recomendaciones

46. Los pueblos indígenas deberían ser reconocidos en las constituciones nacionales como tales, incluso con una mención específica a sus derechos. Los Estados que en la actualidad no reconocen a los pueblos indígenas o los derechos indígenas en su constitución deberían avanzar hacia un proceso de reforma constitucional en consulta con los pueblos indígenas.

47. Los Estados deberían afianzar la Declaración en sus constituciones nacionales y adoptarla como marco para el desarrollo y la aplicación de los derechos de los pueblos indígenas, centrándose en especial en el artículo 3.

48. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos debería apoyar la labor de su Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas en África aumentando su presupuesto.

49. Los Estados deberían entablar un diálogo entre ellos con objeto de comprender mejor la importancia de reconocer los derechos de los pueblos indígenas.

50. La sociedad civil debería ser más activa en la promoción de la aplicación de la Declaración.

51. Los Estados deberían movilizar recursos para llevar a cabo campañas de concienciación y capacitar a los responsables de la adopción de decisiones, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones de la sociedad civil, los pueblos indígenas y otras partes interesadas en el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas.

52. Los Estados deberían revocar las medidas constitucionales existentes que discriminan a los pueblos indígenas. También deberían incluir salvaguardias de protección en sus constituciones, en concreto con respecto a la no discriminación racial, en consulta con los pueblos indígenas de sus países.

53. Los Estados deberían adoptar, en consulta con sus pueblos indígenas, leyes orgánicas y de desarrollo y las medidas correspondientes, tanto ejecutivas como normativas y de programas, con el fin de aplicar las disposiciones constitucionales que salvaguardan los derechos de los pueblos indígenas.