

*Comisión Africana
de Derechos Humanos
y de los Pueblos*

Comunidad Endorois vs. Kenia

Comunicación N° 276/2003

*Decisión de
julio de 2010*

RESUMEN DE LOS HECHOS

1. La demanda fue presentada por el *Centre for Minority Rights Development* (CEMIRI-DE) y *Minority Rights Group International* (MRG), en nombre de la comunidad Endorois. Asimismo, el *Centre on Housing Rights and Evictions* (COHRE) presentó un escrito *amicus curiae* que apoyó la demanda. Los demandantes alegan violaciones causadas por el desalojo de la comunidad Endorois, un pueblo indígena, de sus tierras ancestrales, de la falta de indemnización adecuada por la pérdida de su propiedad, de la alteración de la actividad económica de pastoreo de la comunidad y de las violaciones del derecho a practicar su religión y cultura y del derecho al desarrollo general del pueblo Endorois.

2. Los demandantes alegan que el Gobierno de Kenia violó la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante “Carta Africana”), la Constitución de Kenia y el derecho internacional al desalojar de manera forzosa al pueblo Endorois de sus tierras ancestrales alrededor de la zona del Lago Bogoria en los distritos administrativos de Baringo y Koibatek, así como en los distritos administrativos de Nakuru y Laikipia dentro de la Provincia de Rift Valley en Kenia, sin las consultas previas adecuadas, ni una indemnización apropiada y efectiva.

3. Los demandantes declaran que los Endorois conforman una comunidad de aproximadamente 60.000 habitantes¹ que han vivido por siglos en la zona del Lago Bogoria. Afirman que, con anterioridad al desalojo del pueblo Endorois de su tierra a causa de la creación de la Reserva de Caza del Lago Hannington en 1973, posteriormente llamada Reserva de Caza del Lago Bogoria (...) por el Gobierno de Kenia, los Endorois habían establecido y llevado por siglos un estilo de vida sostenible, intrínsecamente ligado a sus tierras ancestrales. Los demandantes alegan que desde 1978 se le ha negado a los Endorois el acceso a su tierra.

[...]

6. Los demandantes afirman que el área circundante al Lago Bogoria es tierra fértil, con pasto verde y depósitos de sales medicinales, que ayudan a criar ganado saludable. Asimismo, declaran que el Lago Bogoria es crucial para las prácticas religiosas y tradicio-

1 Los Endorois han sido clasificados, en ocasiones, como una subtribu de la tribu Tugen perteneciente al grupo Kalenjin. Según el censo de 1999, los Endorois fueron considerados como parte del grupo Kalenjin, conformado por los Nandi, los Kipsigis, los Tugen y los Marakwet, entre otros.

nales del pueblo Endorois. Sostienen que los lugares de oración históricos, los sitios para rituales de circuncisión y otras ceremonias culturales de la comunidad se desarrollan en la zona del Lago Bogoria. Dichos sitios eran utilizados semanal o mensualmente para ceremonias locales más pequeñas, y anualmente para festividades culturales de los Endorois de toda la región. Los demandantes alegan que los Endorois creen que los espíritus de todos los miembros de la comunidad, sin importar dónde estén enterrados, continúan habitando en el Lago, por lo que se realizan festivales anuales en esa zona. Además, sostienen que los Endorois creen que el bosque Monchongoi* es su lugar de nacimiento y el sitio de asentamiento de la primera comunidad Endorois.

[...]

17. Los demandantes alegan que en la actualidad los Endorois viven en distintos lugares en la periferia de la Reserva, que no solo han sido forzados a abandonar las tierras fértiles por zonas semiáridas, sino que además su comunidad ha sido dividida y desalojada de sus tierras tradicionales y ancestrales. Sostienen que, para los Endorois, el acceso a la región del Lago Bogoria es un derecho de la comunidad y que el Gobierno de Kenia continúa negándoles la participación efectiva en decisiones que afectan a su tierra, y en consecuencia viola su derecho al desarrollo.

[...]

19. Los demandantes alegan que la decisión del Gobierno de tomar tierras tradicionales de los Endorois para una Reserva de Caza, que a su vez le prohíbe a los Endorois acceder a la zona, ha puesto en peligro la actividad económica de pastoreo de la comunidad y su integridad cultural. También sostienen que, 30 años después de que comenzaran los desalojos, los Endorois todavía no han recibido una indemnización completa y justa por la pérdida de sus tierras y sus derechos sobre estas. Además alegan que el proceso por el cual se los desalojó de sus tierras tradicionales no solo viola los derechos de propiedad de la comunidad Endorois, sino que también rompe los vínculos espirituales, culturales y económicos con las tierras.

20. Los demandantes alegan que los Endorois no tienen voz en la gestión de sus tierras ancestrales. Se rechazó el registro de *Endorois Welfare Committee*, el órgano que repre-

* N. del T.: Su nombre correcto es bosque Mochongoi.

senta a la comunidad Endorois, y de esta manera se les negó a los Endorois el derecho a la consulta justa y legítima. Según los demandantes, rechazar el registro de *Endorois Welfare Committee* ha ocasionado consultas ilegítimas: las autoridades eligen a determinados individuos para que presten su consentimiento “en nombre” de la comunidad. Además, sostienen que la negación a otorgarles el título perfecto de sus tierras tradicionales, el desalojo de la comunidad de su hogar ancestral y las restricciones severas para el acceso a la región del Lago Bogoria en la actualidad, junto con la falta de indemnización adecuada, constituyen una violación grave de la Carta Africana. Declaran que la comunidad Endorois demanda dichas violaciones tanto en su carácter de pueblo como en nombre de todos los individuos afectados.

[...]

ARTÍCULOS PRESUNTAMENTE VIOLADOS

22. Los demandantes solicitan que se declare que la República de Kenia ha violado los artículos 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana. Además solicitan:

La restitución de sus tierras, con un título perfecto y una delimitación clara. La indemnización a la comunidad por el daño ocasionado por la pérdida de su propiedad, desarrollo y recursos naturales, pero también la libertad de practicar su religión y cultura.

[...]

ALEGATOS DE FONDO

Consideraciones de los demandantes sobre el fondo del asunto

[...]

72. Los demandantes argumentan que los Endorois siempre han sido dueños de buena fe de las tierras de la zona del Lago Bogoria⁴ y que el concepto de tierra de los Endorois no concebía la pérdida de la tierra sin una conquista. También argumentan que, como

4 Op. cit., párrs. 3, 4 y 5 de la presente Comunicación, donde los demandantes presentan argumentos para probar su propiedad de la tierra.

comunidad de pastores, su concepto de “propiedad” de la tierra no es el de propiedad obtenida mediante un papel. Declaran que la comunidad Endorois siempre ha considerado a la tierra como propia, perteneciente a toda la comunidad y utilizada para la vivienda, el ganado, la actividad apicultora y las prácticas religiosas y culturales. Por ejemplo, otras comunidades pedían permiso para traer animales a la zona.⁵

73. Asimismo, argumentan que los Endorois siempre se han considerado a sí mismos como una comunidad bien delimitada. Históricamente, los Endorois son una comunidad de pastores, que depende casi exclusivamente de su ganado. Su actividad de pastoreo consiste en que sus animales (ganado vacuno, caprino y ovino) pasten en las regiones bajas de la zona del Lago Bogoria en la temporada de lluvias, y llevarlos al bosque Monchongoi* durante la estación seca. Sostienen que, tradicionalmente, los Endorois han dependido de la apicultura para la obtención de miel y que el área circundante al Lago Bogoria es tierra fértil, con pasto verde y depósitos de sales medicinales, que ayudan a criar ganado saludable. Argumentan que el Lago Bogoria es además el centro de las prácticas religiosas y tradicionales: allí se encuentran los lugares de oración históricos y los sitios para rituales de circuncisión y otras ceremonias culturales. Dichos sitios eran utilizados semanal o mensualmente para ceremonias locales más pequeñas y anualmente para festividades culturales de los Endorois de toda la región.

74. Los demandantes argumentan que los Endorois creen que los espíritus de todos los que fueron Endorois, sin importar dónde estén enterrados, continúan habitando en el Lago. Se realizaban festivales anuales en esa zona en los que participaban los Endorois de toda la región. Dicen que el bosque Monchongoi* es considerado por los Endorois como su lugar de nacimiento y el sitio de asentamiento de la primera comunidad Endorois. Además, declaran que el liderazgo de la comunidad recae tradicionalmente en los ancianos. Si bien durante la administración colonial británica se elegían jefes, esta práctica no continuó luego de la independencia de Kenia. Declaran que, recientemente, la comunidad formó el *Endorois Welfare Committee* (EWC) para que represente sus intereses. (...)

75. Los demandantes argumentan que los Endorois son un “pueblo”, condición que les da derecho a beneficiarse de las disposiciones de la Carta Africana que protegen los derechos colectivos. También alegan que la Comisión Africana ha ratificado los derechos de los “pueblos” para iniciar acciones legales de acuerdo con la Carta Africana en

5 Op. cit., párrs. 3, 4 y 5.

el caso *The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, (el caso de los Ogoni), al declarar: “En los artículos 20 al 24, la Carta Africana claramente dispone que los pueblos ‘conserven los derechos que les corresponden como pueblos’, es decir, colectivamente”. La importancia de la comunidad y la identidad colectiva en la cultura africana se reconocen en toda la Carta Africana.”⁶ Asimismo, sostienen que la Comisión Africana indicó que, cuando hay una gran cantidad de víctimas individuales, puede resultar poco práctico que cada demandante se presente ante los tribunales nacionales de manera individual. En esos casos, como ocurrió en el caso de los Ogoni, la Comisión Africana puede juzgar los derechos de un pueblo de manera colectiva. Por consiguiente, argumentan que los Endorois, como pueblo, tienen derecho a iniciar acciones legales colectivamente de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta Africana.

[...]

DECISIÓN SOBRE EL FONDO DEL ASUNTO

144. La presente Comunicación alega que el Estado Demandado ha violado los derechos humanos de la comunidad Endorois, un pueblo indígena, al desalojarlos de manera forzosa de sus tierras ancestrales, no compensarlos adecuadamente por la pérdida de su propiedad, alterar la actividad económica de pastoreo de la comunidad y violar el derecho a practicar su religión y cultura y el derecho al desarrollo general del pueblo Endorois.

[...]

147. Antes de responder a las preguntas anteriores, la Comisión Africana indica que los conceptos de “pueblos” y “pueblos indígenas/comunidades” son términos controvertidos.⁴⁶

6 The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria, Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, Comm. N° 155/96, (2001), párr. 40.

46 Véase el Informe del Relator Especial (Rodolfo Stavenhagen) sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas en la Aplicación de la Resolución de la Asamblea General (Implementation of General Assembly Resolution) 60/251 del 15 de marzo del 2006, A/HRC/4/32/Add.3, 26 de febrero del 2007: “Misión a Kenia” del 4 al 14 de diciembre del 2006, 9.

En cuanto a “pueblos indígenas”, no existe una definición universal e inequívoca del concepto, dado que ninguna definición aceptada captura la diversidad de las culturas, historias y circunstancias indígenas actuales. Las relaciones entre los pueblos indígenas y los grupos dominantes o mayoritarios de una sociedad varían de acuerdo al país. Lo mismo ocurre con el concepto de “pueblos”. De este modo, la Comisión Africana está al tanto de la connotación política que tienen estos conceptos. Debido a dichas controversias, quienes redactaron la Carta Africana deliberadamente no sugirieron ninguna definición del concepto de “pueblo(s)”.⁴⁷ En su Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones/Comunidades Indígenas,⁴⁸ la Comisión Africana describe la disyuntiva de definir el concepto de “pueblos” en los siguientes términos:

A pesar de su función de interpretar todas las provisiones de la Carta Africana, de acuerdo con el artículo 45(3), la Comisión Africana evitó inicialmente interpretar el concepto de “pueblos”. La Carta Africana no define el concepto. En un principio, la Comisión Africana no estaba conforme con desarrollar derechos sobre los que había poca jurisprudencia internacional específica. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no definen “pueblos”. Es evidente que quienes redactaron la Carta Africana pretendían hacer una distinción con los tradicionales derechos individuales, ya que los artículos que preceden al artículo 17 se refieren a “cada individuo”. El artículo 18 marca un quiebre al referirse a la familia. Los artículos 19 a 24 se refieren específicamente a “todos los pueblos”.

148. No obstante, la Comisión Africana señala que, si bien los términos “pueblos” y “comunidad indígena” son motivo de intensos debates, algunos grupos marginales y vulnerables en África están padeciendo problemas particulares. Está al tanto de que muchos de estos grupos no han sido contemplados por los paradigmas de desarrollo dominantes y, en muchos casos, están siendo victimizados por las políticas de desarrollo y el pensamiento de las mayorías y se violan sus derechos humanos básicos. La Comisión Africana también está al tanto de que los pueblos indígenas se han vuelto marginales en

47 Véase el Informe del Relator de la reunión ministerial de la Organización para la Unidad Africana sobre el proyecto de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos llevada a cabo en Banjul, Gambia, del 9 al 15 de junio de 1980 (CAB/LEG/67/3/Draft Rpt. Rpt (II)), pág. 4.

48 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana, publicado conjuntamente por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y IWGIA, 2005.

sus propios países, debido a procesos pasados y actuales, y necesitan que se reconozcan y se protejan sus derechos humanos básicos y sus libertades fundamentales.

[...]

150. La Comisión Africana también señala que la Carta Africana, en los artículos 20 a 24, dispone que los pueblos conserven los derechos que les corresponden como pueblos, es decir, colectivamente⁵². La Comisión Africana, a través de su Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones/Comunidades Indígenas, ha establecido cuatro criterios para identificar a los pueblos indígenas⁵³. Son: ocupar y usar un territorio específico; perpetuar voluntariamente sus particularidades culturales; autoidentificarse como colectividad bien delimitada y tener el reconocimiento de otros grupos; experimentar sometimiento, marginación, desalojo, exclusión o discriminación. El Grupo de Trabajo también determinó algunas de las características comunes a los grupos indígenas africanos:

(...) primero y principal (pero no de manera exclusiva) se trata de diferentes grupos cazadores-recolectores o antiguos cazadores-recolectores y ciertos grupos de pastores...

(...) Una característica fundamental de muchos de ellos es que la subsistencia de su estilo de vida particular depende de tener acceso y derechos a sus tierras tradicionales y los recursos naturales que allí se encuentren⁵⁴.

151. Por consiguiente, la Comisión Africana está al tanto de que existe un consenso emergente sobre algunas características objetivas que un conjunto de individuos debería manifestar para ser considerado como “pueblo”, a saber: una tradición histórica común, identidad étnica o racial, homogeneidad cultural, unidad lingüística, afinidades religiosas e ideológicas, conexión con su territorio y una actividad económica común u otros vínculos, identidades o afinidades de las que gocen colectivamente (especialmente los derechos establecidos en los artículos 19 a 24 de la Carta Africana) o de los que sufran colectivamente

52 Véase The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria. (SERAC y CESR) o el caso de los Ogoni, 2001. La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 155/96, The Social and Economic Rights Action Centre y el Centre for Economic and Social Rights – Nigeria (27 de mayo del 2002), Decimoquinto Informe Anual de Actividad de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 2001-2002.

53 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana (adoptado en la Vigésimo Octava Sesión, 2003).

54 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana (adoptado en la Vigésimo Octava Sesión, 2003).

como consecuencia de la privación de esos derechos. Lo que resulta evidente es que los intentos de definir el concepto de pueblos indígenas reconocen los vínculos entre los pueblos, su tierra y su cultura y que un grupo de esas características exprese su deseo de ser identificado como un pueblo o sea consciente de que son un pueblo⁵⁵.

152. En cuanto a la presente cuestión, la Comisión Africana tiene también el deber, de acuerdo con el artículo 61 de la Carta Africana, de tener en consideración otras fuentes subsidiarias de derecho internacional o principios generales para determinar los derechos contemplados en la Carta Africana.⁵⁶ Además, tiene en cuenta la definición sugerida por el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas:

*(...) que los pueblos indígenas son (...) 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*⁵⁷.

153. Pero esta definición debería ser entendida en conjunto con el Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Poblaciones/Comunidades Indígenas de la Comisión Africana del año 2003, que es la base de su "definición" de pueblos indígenas⁵⁸. De manera similar, señala que la Organización Internacional del Trabajo ha sugerido una definición de pueblos indígenas en la Convención N° 169 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes⁵⁹.

(...) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de

55 Ibid.

56 Véase el artículo 60 de la Carta Africana.

57 José Martínez Cobo (1986), Relator Especial, Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4.

58 El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas amplía el análisis más allá de la experiencia histórica africana y también plantea la cuestión algo controvertida de los "primeros pobladores" de un territorio, que no siempre es pertinente a África.

59 Convención sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (Organización Internacional del Trabajo, Convención N° 169), 72 Boletín Oficial de la Organización Internacional del Trabajo 59, entró en vigor el 5 de septiembre del 1991, Artículo 1(1)(b).

*descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*⁶⁰.

154. La Comisión Africana también está al tanto de que, si bien algunos pueblos indígenas pueden ser los primeros pobladores, la validación de los derechos no se alcanza automáticamente por dichas reclamaciones basadas en épocas previas a las invasiones o en épocas precoloniales. En cuanto al Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, aunque muchos países africanos no lo han firmado ni ratificado, y como la conceptualización del término que realizan los grupos de trabajo de las Naciones Unidas, la Comisión Africana sostiene que hay un común denominador entre todos los diferentes criterios para intentar describir los pueblos indígenas: que estos tienen una relación inequívoca con un territorio definido; todos los intentos de definir el concepto reconocen los vínculos entre la gente, sus tierras y su cultura. Al respecto, la Comisión Africana señala la observación del Relator Especial de las Naciones Unidas, donde declara que en Kenia los pueblos/comunidades indígenas incluyen a las comunidades de pastores, como los *Endorois*⁶¹, los Borana, los Gabra, los Maasai, los Pokot, los Samburu, los Turkana y los Somali, así como también a las comunidades de cazadores-recolectores cuyo sustento depende del bosque, como los Awer (Boni), los Ogiek, los Sengwer o los Yaaku. Asimismo, el Relator Especial de las Naciones Unidas observó que la comunidad Endorois ha vivido por siglos en su territorio tradicional en la zona del Lago Bogoria, que fue declarado reserva natural en 1973⁶².

155. En la presente Comunicación, la Comisión Africana desea poner énfasis en que la Carta reconoce los derechos de los pueblos⁶³. Los demandantes argumentan que los

60 Convención sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes (Organización Internacional del Trabajo, Convención N° 169), 72 Boletín Oficial de la Organización Internacional del Trabajo 59, entró en vigor el 5 de septiembre del 1991, Artículo 1(1)(b).

61 Véase el Informe del Relator Especial (Rodolfo Stavenhagen) sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, op. cit., Supra nota 47 [se ha agregado la cursiva].

62 Véase el Informe del Relator Especial (Rodolfo Stavenhagen) sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, op. cit., Supra nota 47.

63 La Comisión Africana ha ratificado los derechos de los pueblos para iniciar acciones legales de acuerdo con la Carta Africana. Véase el caso *The Social and Economic Rights Action Centre for Economic and Social Rights v. Nigeria*, donde la Comisión declaró: “En los artículos 20 al 24, la Carta Africana claramente dispone que los pueblos ‘conserven los derechos que les corresponden como pueblos’, es decir, colectivamente”.

Endorois son un pueblo, condición que les da derecho a beneficiarse de las disposiciones de la Carta Africana que protegen los derechos colectivos. El Estado Demandado no está de acuerdo⁶⁴. La Comisión Africana señala que la Constitución de Kenia, si bien incorpora el principio de no discriminación y garantiza los derechos civiles y políticos, no reconoce los derechos económicos, sociales y culturales como tales, ni los derechos colectivos. Además señala que los derechos de las comunidades indígenas de pastores y cazadores-recolectores no se reconocen como tales en el marco constitucional y legal de Kenia, y no existen políticas o instituciones gubernamentales que se encarguen directamente de las cuestiones indígenas. También observa que, si bien Kenia ha ratificado la mayoría de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, no ha ratificado la Convención N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes y se ha negado a aprobar la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de la Asamblea General.

156. Luego de estudiar todas las consideraciones presentadas por los demandantes y el Estado Demandado, la Comisión Africana sostiene que la cultura, la religión y el estilo tradicional de vida de los Endorois están inseparablemente ligados a sus tierras ancestrales (el Lago Bogoria y el área circundante). Afirma que el Lago Bogoria y el bosque Monchongoi* son fundamentales para el estilo de vida de los Endorois y que, si no tienen acceso a sus tierras ancestrales, no pueden ejercer plenamente sus derechos culturales y religiosos, y no se sienten conectados con su tierra y sus ancestros.

157. Además de la relación sagrada con su tierra, la autoidentificación es otro criterio importante para definir a los pueblos indígenas⁶⁵. El Relator Especial de la ONU sobre los derechos y las libertades fundamentales de los indígenas, también apoya la autoidentificación como un criterio clave para determinar quién es indígena⁶⁶. La Comisión Africana

64 La Comisión Africana también indicó que, cuando hay una gran cantidad de víctimas individuales, puede resultar poco práctico que cada demandante se presente ante los tribunales nacionales de manera individual. En esos casos, como ocurrió en el caso de los Ogoni, la Comisión Africana puede juzgar los derechos de un pueblo de manera colectiva. Por consiguiente, argumentan que los Endorois, como pueblo, tienen derecho a iniciar acciones legales colectivamente de acuerdo con las disposiciones pertinentes de la Carta Africana.

65 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas (adoptado en el 28ª Sesión, 2003).

66 Véase Rodolfo Stavenhagen (2002), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Doc. E/CN.4/2002/97, (2002) párrafo 53.

es consciente de que, actualmente, muchos pueblos indígenas están aún excluidos de la sociedad y, a menudo, se ven incluso privados de sus derechos como ciudadanos iguales de un estado. Pese a ello, muchas de estas comunidades están decididas a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica. Acepta los argumentos de que la continuada existencia de las comunidades indígenas como “pueblos” están íntimamente conectada a su posibilidad de influir en su propio destino y de vivir de acuerdo con sus propios patrones culturales, instituciones sociales y sistemas religiosos⁶⁷. La Comisión Africana toma nota además de que el informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas de la Comisión Africana (GTPI), enfatiza que la autoidentificación es un ingrediente importante en el concepto de los derechos de los pueblos tal como se establecen en la Carta. Está de acuerdo en que las presuntas violaciones de la Carta Africana por parte del Estado demandado son aquellas que afectan al corazón de los derechos indígenas: el derecho a preservar la propia identidad a través de la identificación con las tierras ancestrales, los patrones culturales, las instituciones sociales y los sistemas religiosos. La Comisión Africana, por tanto, acepta que la autoidentificación de los endorois como individuos indígenas y su aceptación como tal por el grupo es un componente esencial de su sentido de la identidad⁶⁸.

158. Además, al buscar inspiración en el derecho internacional de derechos humanos y de los pueblos, la Comisión Africana advierte que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado de casos de autoidentificación de comunidades afrodescendientes que estaban viviendo de forma colectiva y que habían desarrollado, durante dos o tres siglos, un vínculo ancestral con la tierra. Más aún, el modo de vida de estas comunidades dependía en gran medida de la utilización tradicional de sus tierras, al igual que su supervivencia cultural, debido a la existencia de enterramientos ancestrales en estas tierras⁶⁹.

67 Véase también Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General VIII, Condición de miembros de un determinado grupo o grupos raciales étnicos basada en la autoidentificación (38ª Sesión, 1990), Doc. A/45/18 en p.81 (1991). “El Comité”, en su Recomendación General VIII señaló que la condición de miembro de un grupo “de no haber justificación en contrario, se basará en la que haga el propio interesado”.

68 Véase Rodolfo Stavenhagen (2002), Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Doc. E/CN.4/2002/97, (2002) párrafo 100, en que argumenta que la autoidentificación es un criterio calve para determinar quién es indígena.

69 Op. cit, infra n. 71.

159. La Comisión Africana advierte que, aunque ha aceptado ya la existencia de pueblos indígenas en África en los informes de su GTPI, y a través de la adopción de su Opinión de Asesoría sobre la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, toma nota del hecho de que la Corte Interamericana no ha dudado en otorgar protección de derechos colectivos a grupos más allá de la interpretación “restringida aborígen/precolombina” de los pueblos indígenas tradicionalmente adoptada en las Américas. En ese sentido, la Comisión Africana señala dos sentencias relevantes de la CIDH: *Moiwana* contra Surinam⁷⁰ y *Saramaka* contra Surinam. El caso *saramaka* es de especial relevancia para el caso *endorois*, dada la opinión expresada por el Estado demandando durante las audiencias orales sobre el fondo⁷¹.

[...]

162. (...) En el caso de los *endorois*, la Comisión Africana es de la opinión de que la cuestión de si ciertos miembros de la comunidad pueden reclamar ciertos derechos comunales en nombre del grupo es una cuestión que deben resolver los propios *endorois*

70 Véase *Aldea Moiwana contra Surinam*, Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C número 124, párrafos 85 y 134-135. El 29 de noviembre de 1986, el ejército de Surinam atacó la aldea de los cimarrones *ndjuka* de *Moiwana* y masacró a más de 40 hombres, mujeres y niños, y destruyó la aldea hasta sus cimientos. Los que escaparon del ataque huyeron al bosque circundante y luego se exilaron o desplazaron dentro del país. El 12 de noviembre de 1987, casi un año después, Surinam ratificó simultáneamente la Convención Americana de Derechos Humanos y reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Casi diez años después, el 27 de junio de 1997, se presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego transmitida a la Corte. La Comisión afirmó que, aunque el ataque era anterior a la ratificación por Surinam de la Convención Americana y a su reconocimiento de la jurisdicción de la Corte, la presunta denegación de justicia y el desplazamiento de la comunidad *Moiwana* que se produjeron tras el ataque eran los asuntos de la solicitud. En este caso la Corte reconoció derechos territoriales colectivos, a pesar de tratarse de una comunidad afrodescendiente, es decir, no una interpretación precolombina / autóctona de la indigeneidad en las Américas).

71 El Estado demandado durante la vista oral en la 40ª Sesión Ordinaria en Banjul, Gambia, afirmó que: (a) los *endorois* no merecen un trato especial ya que no son diferentes de otros subgrupos *tungen* y que (b) la inclusión de algunos de los miembros de los *endorois* en la “sociedad moderna” ha afectado su diferenciación cultural, de modo que sería difícil definirlos con una personería jurídica diferente (c) la representación de los *endorois* a través del *Endorois Welfare Council* no es legítima presuntamente. Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe número 9/06 Los doce clanes *saramaka* (los) contra Surinam (2 de marzo de 2006); Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo *Saramaka* contra Surinam (Sentencia de 28 de noviembre de 2007) en párrafos 80-84.

de acuerdo con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no el Estado. Los endorois no pueden ver negado su derecho a la personalidad jurídica solo porque algunos miembros de la comunidad no se identifican con las tradiciones y leyes de los endorois.

(...) A partir de toda la evidencia presentada a la Comisión Africana, tanto oral como escrita y en video, la Comisión Africana está de acuerdo en que los endorois son una comunidad indígena y que cumplen con el criterio de "diferenciación". La Comisión Africana está de acuerdo en que los endorois se consideran a sí mismos un pueblo diferente, que comparte una historia, cultura y religión común. La Comisión Africana piensa que los endorois son un "pueblo", un estatus que les da derecho a beneficiarse de las disposiciones de la Carta Africana que protegen los derechos colectivos. La Comisión Africana es de la opinión de que las presuntas violaciones de la Carta Africana son de tal naturaleza que afectan al corazón mismo de los derechos indígenas: el derecho a preservar la propia identidad a través de la identificación con las tierras ancestrales.

[...]

165. Antes de decidir si el Estado demandado ha violado efectivamente el Artículo 8 de la Carta, la Comisión desea establecer si las creencias espirituales y las prácticas culturales constituyen una religión según la Carta Africana y el derecho internacional. En ese sentido, la Comisión Africana toma nota de la observación del CDH en su párrafo 164 (supra). Es de la opinión de que la libertad de conciencia y religión debería, entre otras cosas, significar el derecho de culto, a la participación en rituales, a observar días festivos y a vestir ropas religiosas⁷³. La Comisión Africana señala su propia observación en *Free Legal Assistance Group versus Zaire*, que sostiene que el derecho a la libertad de conciencia permite a los individuos o grupos celebrar culto o reunirse en conexión con una religión o creencia y establecer y mantener lugares para esos propósitos, además de celebrar ceremonias de acuerdo con los preceptos de la propia religión o creencia⁷⁴.

166. Esta Comisión es consciente de que la religión está frecuentemente vinculada a las tierras, las creencias y las prácticas culturales, y que la libertad de culto y de participación en

73 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o en las creencias (39ª Sesión, 1981), Asamblea General de la ONU, Resolución 36/55.

74 Véase *Free Legal Assistance Group contra Zaire*, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación número 25/89, 47/90, 56/91, 100/93 (1995), párrafo 45. Véase también Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y de discriminación fundadas en la religión o en las creencias, (39ª Sesión, 1981), Asamblea General de la ONU, resolución 36/55

tales actos ceremoniales es un aspecto central de la libertad religiosa. Las prácticas culturales y religiosas de los endorois se centran alrededor del lago Bogoria y son de significación fundamental para todos los endorois. Durante los testimonios orales, y en la presentación escrita de los demandantes, se llamó la atención de esta Comisión hacia el hecho de que los lugares sagrados están situados alrededor del lago Bogoria, que el donde los endorois rezan y donde se llevan a cabo regularmente las ceremonias religiosas. Entiende que los ancestros de los endorois están enterrados cerca del lago y, como ya se ha señalado, que el lago Bogoria está considerado el hogar espiritual de todos los endorois, vivos y muertos.

167. Advierte además que una de las creencias de los endorois es que el Gran Ancestro, Dorios, bajó de los Cielos y se estableció en el bosque de Mochongoi⁷⁵. Toma nota de los argumentos de los demandantes, que no han sido respondidos por el Estado demandando, de que los endorois creen que cada estación el agua del lago se vuelve roja y los surtidores calientes emiten un fuerte olor, señalando el momento en el que la comunidad realiza sus ceremonias tradicionales para apaciguar a los ancestros que se ahogaron cuando se formó el lago.

168. Por todas las razones expuestas, la Comisión Africana es de la opinión de que las creencias y prácticas ceremoniales de los endorois constituyen una religión según la Carta Africana.

[...]

172. La Comisión Africana está de acuerdo en que, en algunas situaciones, puede ser necesario imponer alguna forma limitada de restricción a un derecho protegido por la Carta Africana. Pero tal restricción debe estar establecida por la ley y no debe aplicarse de tal modo que menoscabaría totalmente el derecho. Toma nota de la recomendación del CDH de que las restricciones deben únicamente aplicarse para aquellos propósitos para los que fueron prescritas, y deben estar directamente relacionadas y ser proporcionadas a la necesidad específica con la que se justifican⁷⁸. La razón de ser de una limitación particularmente severa del derecho a la práctica religiosa como la experimentada por los endorois, debe estar basada en razones excepcionalmente sólidas y es el Estado demandado el que debe probar que esa interferencia no solo es proporcionada a la necesidad específica con la que se justifica sino también razonable. En el caso de Amnistía Interna-

75 Véase párrafos 73 y 74.

78 Comité de Derechos Humanos, Observación General 22, Artículo 18 (48ª sesión, 1993), Recopilación de Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptados por los órganos de los tratados, Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), 35, párrafo 8.

cional contra Sudán, la Comisión Africana afirmó que una prohibición general de las asociaciones cristianas era “desproporcionada para las medidas requeridas por el Gobierno para mantener el orden público, la seguridad y la integridad física” La Comisión Africana añadió además que cualquier restricción impuesta sobre los derechos a practicar la propia religión debería ser insignificante. En el caso mencionado, la Comisión Africana sentenció que la completa y total expulsión de las tierras para ceremonias religiosas no es mínima⁷⁹.

173. La Comisión Africana es de la opinión de que negar a los endorois el acceso al lago es una restricción de su libertad a practicar su religión, una restricción no necesaria para ningún interés significativo de seguridad pública u otra justificación. La Comisión Africana tampoco está convencida de que el desalojo de los endorois de sus tierras ancestrales fuera una acción legal para conseguir el desarrollo económico o la protección ecológica. La Comisión Africana es de la opinión de que permitir a los endorois la utilización de las tierras para la práctica de su religión no perjudicaría el objetivo de conservación o de desarrollo de la zona por razones económicas.

(...) Por tanto, la Comisión Africana considera al Estado demandado culpable de una violación del Artículo 8 de la Carta Africana. La Comisión Africana es de la opinión de que la expulsión forzosa de los endorois de sus tierras ancestrales por el Estado demandado interfirió en el derecho a la libertad religiosa de los endorois y los alejó de los lugares sagrados esenciales para la práctica de su religión, haciendo virtualmente imposible para la comunidad el mantener prácticas religiosas esenciales para su cultura y religión.

(...) La Comisión Africana es de la opinión de que las limitaciones establecidas a los deberes del estado de proteger derechos deberían considerarse a la luz del espíritu de la Carta Africana. Esta fue la opinión de la Comisión en Amnistía Internacional contra Zambia, cuando señaló que “las cláusulas restrictivas no deben interpretarse en contra de los principios de la Carta... y que el recurso a las mismas no debería ser utilizado como un medio para legitimar violaciones de las disposiciones expresas de la Carta.”⁸⁰

79 La Comisión Africana opina que las limitaciones en los deberes del estado de proteger los derechos humanos deben interpretarse de acuerdo con el espíritu de la Carta Africana. Esta fue la opinión de la Comisión en Amnistía Internacional contra Zambia, donde señaló que las cláusulas limitantes no debe utilizarse como un medio de justificar violaciones de las disposiciones expresas de la Carta. Véase Amnistía Internacional contra Sudán (1999), párrafos 82 y 80.

80 Amnistía Internacional contra Zambia, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicación número 212/98 (1999).

[...]

PRESUNTAS VIOLACIONES AL ARTÍCULO 14

[...]

187. Los demandantes alegan que los tribunales, tanto internacionales como nacionales, han reconocido que los grupos indígenas tienen una forma específica de tenencia de la tierra que crea una serie de problemas particulares. Entre los problemas comunes a los que se enfrentan los grupos indígenas se incluye la falta de un reconocimiento “formal” titulado de sus territorios históricos, el no reconocimiento en los sistemas legales domésticos de los derechos de propiedad comunitaria, y la reclamación de título formal legal sobre las tierras indígenas por parte de las autoridades coloniales. Esto, arguyen, ha llevado a muchos casos de desplazamiento del territorio histórico de un pueblo, tanto por parte de las autoridades coloniales y como por los estados poscoloniales que esgrimieron los títulos legales heredados de las autoridades coloniales. La Comisión Africana toma nota de que su Grupo de Trabajo sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas ha reconocido que algunas minorías africanas se enfrentan a la desposesión de sus tierras y que son necesarias medidas especiales para garantizar su supervivencia de acuerdo con sus tradiciones y costumbres⁸⁹. La Comisión Africana es de la opinión de que el primer paso para la protección de las comunidades tradicionales africanas es el reconocimiento de que los derechos, intereses y beneficios de tales comunidades sobre sus tierras tradicionales constituyen “propiedad” según la Carta y que puede que haya que adoptar medidas especiales para garantizar tales “derechos a la propiedad”.

188. El caso de *Doğan y otros contra Turquía*⁹⁰ es instructivo para la presente comunicación. Aunque los demandantes no pudieron demostrar tener título registrado de las tierras de las que habían sido desalojados forzosamente por las autoridades turcas, la Corte Europea de Derechos Humanos observó que:

(...) La noción de “posesiones” del Artículo 1 tiene un significado autónomo que, ciertamente, no está limitado a la posesión de bienes físicos: ciertos otros derechos e

89 Véase Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana, presentado de acuerdo con la “Resolución sobre los derechos de las poblaciones / comunidades en África”, adoptado por la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en su 28ª Sesión Ordinaria (2005).

90 *Doğan y otros contra Turquía*, Corte Europea de Derechos Humanos, solicitudes 8803-8811/02, 8813/02 y 8815-8819/02 (2004), párrafos 138- 139.

intereses constituyen bienes que pueden ser considerados como “derechos de propiedad” y, por tanto, como “posesiones” para los propósitos de esta disposición⁹¹.

189. Aunque no tenían propiedad registrada, habían construido sus propias casas en las tierras de sus antepasados o vivían en las casas propiedad de sus padres y cultivaban la tierra que pertenecía a estos. La Corte señaló además que los solicitantes tenían derechos indiscutidos sobre la tierra comunitaria en la población, como los pastos y bosques, y que se ganaban la vida con la cría de ganado y la tala de árboles.

190. La Comisión Africana también toma nota de la observación de la CIDH, en el fundamental caso de Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua⁹², de que la Convención Interamericana protege los derechos de propiedad en un sentido que incluye los derechos de miembros de las comunidades indígenas dentro del marco de la propiedad comunal y de que argumentó que la posesión de la tierra debería ser suficiente para que las comunidades indígenas que carecen de título real obtengan reconocimiento oficial de esa propiedad.

191. En opinión de la Comisión Africana, el Estado demandado tiene una obligación, según el Artículo 14 de la Carta de Africana, no solo de respetar el “derecho a la propiedad” sino también de protegerse derecho. En los casos de Mauritania⁹³, la Comisión Africana concluyó que la confiscación y pillaje de la propiedad de los mauritanos negros y la expropiación o destrucción de sus tierras y casas antes de obligarles a emigrar constituía una violación del derecho a la propiedad según lo garantiza el Artículo 14. De igual modo, en el caso Ogoni 2001⁹⁴, la Comisión Africana trató de situaciones en las que se produjo desalojo de personas de sus casas. La Comisión Africana sostuvo que el desalojo de las personas de sus casas violaba el Artículo 14 de la Carta Africana, además del

91 Doğan y otros contra Turquía, Corte Europea de Derechos Humanos, solicitudes 8803-8811/02, 8813/02 y 8815-8819/02 (2004), párrafos 138- 139.

92 Caso Awas Tingni (2001), párrafos 140(b) y 151 Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicaciones 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 y 210/98.

93 Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicaciones 54/91, 61/91, 98/93, 164/97, 196/97 y 210/98.

94 Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 155/96, The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights – Nigeria (27 de mayo de 2002), 15º Informe Anual de Actividades de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, 2001-2002, elaborado en la 31ª Sesión Ordinaria de la Comisión Africana celebrada del 2 al 26 de mayo de 2002 en Pretoria, Sudáfrica.

derecho a una vivienda adecuada que, aunque no se recoge explícitamente en la Carta Africana, está también garantizado por el Artículo 14⁹⁵.

[...]

199. La Comisión Africana es de la opinión de que, aunque la Constitución de Kenia señale que la tierra en fideicomiso puede ser alienada, y que la Ley de Tierras en Fideicomiso incluye un procedimiento exhaustivo para el cálculo de las compensaciones, los derechos a la propiedad de los endorois han sido usurpados, en particular por la expropiación y la denegación efectiva de la propiedad sobre sus tierras. Está de acuerdo con los demandantes en que a los endorois nunca se les dio plena titularidad sobre las tierras que tenían, de hecho, antes de la administración colonial británica. Por contra, sus tierras quedaron sujetas a un fideicomiso, lo que les dio titularidad de beneficiarios pero les negó la titularidad real. La Comisión Africana está además de acuerdo en que aunque durante una década pudieron ejercer sus derechos tradicionales sin restricción, el sistema de tierra en fideicomiso ha demostrado ser inadecuado para proteger sus derechos.

200. La Comisión Africana también toma nota de las opiniones expresadas por el Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha proporcionado un test legal para el desalojo forzoso de las tierras que un grupo de personas reclama tradicionalmente como su propiedad. En su Observación General número 4, afirma que “las instancias de desahucios forzados son prima facie incompatibles con los requisitos del Pacto y sólo podrían justificarse en las circunstancias más excepcionales y de conformidad con los principios pertinente del derecho internacional.”¹⁰³. Esta opinión ha sido igualmente reafirmada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que señala que los desalojos forzados son graves violaciones de los derechos humanos, en particular del derecho a una vivienda digna¹⁰⁴. La Comisión Africana también toma nota de la Observa-

95 Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 155/96, The Social and Economic Rights Action Centre and the Centre for Economic and Social Rights – Nigeria (27 de mayo de 2002) (citando al Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 7, El derecho a una vivienda adecuada (Art. 11 (1) del pacto): desalojos forzados, párrafo 4, Doc. E/C.12/1997/4 (1997)).

103 Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 4, El derecho a una vivienda adecuada (Sexta sesión, 1991), párrafo 18, Doc. ONU, E/1992/23, anexo III en 114 (1991), reeditado en Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Doc. ONU, HRI/GEN/1/Rev.6, 18 (2003).

104 Véase, Comisión de Derechos Humanos, resolución 1993/77, Doc. ONU, E/C.4/RES/1993/77 (1993); Comisión de Derechos Humanos, resolución 2004/28, Doc. ONU E/C.4/RES/2004/28 (2004). 53.

ción General número 7 que exige a los Estados Parte que, antes de llevar a cabo cualquier desalojo, explore todas las alternativas viables, en consulta con las personas afectadas, con vistas a evitar o, al menos, minimizar, la necesidad de utilizar la fuerza¹⁰⁵.

[...]

204. La Comisión Africana señala que la Declaración de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, oficialmente sancionada por la Comisión Africana en su Opinión de Asesoría de 2007, trata extensivamente de los derechos territoriales. La jurisprudencia en el derecho internacional concede el derecho a la propiedad más que el del mero acceso. La Comisión Africana advierte que si el derecho internacional solo concediera el acceso, los pueblos indígenas seguirían estando indefensos frente a más violaciones y desposesión por parte del Estado o de terceras partes. La propiedad garantiza que los pueblos indígenas puedan relacionarse con el estado y con terceras partes como interesados activos y no como beneficiarios pasivos¹⁰⁸.

205. La jurisprudencia de la Corte Interamericana también deja claro que el simple acceso o la posesión de facto de la tierra no es compatible con los principios del derecho internacional. Solo la propiedad de jure puede garantizar la protección efectiva de los pueblos indígenas¹⁰⁹.

[...]

209. En opinión de la Comisión Africana, pueden deducirse las siguientes conclusiones: (1) la posesión tradicional de la tierra por los indígenas tiene un efecto equivalente al de un pleno título de propiedad otorgado por el estado; (2) la posesión tradicional da derecho a los indígenas a demandar reconocimiento oficial y registro de la titularidad de la propiedad; (3) los miembros de los pueblos indígenas que, en contra de su voluntad, han abandonado sus tierras tradicionales, o han perdido la posesión de las mismas, retienen derechos de propiedad sobre ellas, incluso aunque carezcan de título legal, a menos

105 Véase Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 7, Desalojos forzosos y el derecho a una vivienda adecuada (16ª sesión, 1997), párrafo 14, Doc. ONU E/1998/22, anexo IV en 113 (1998), reeditado en Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por los Órganos de los Tratados, Doc. ONU HRI/GEN/1/Rev.6 en 45 (2003).

108 Véase Artículos 8(2) (b), 10, 25, 26 y 27 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

109 Párrafo 110 del caso Saramaka.

que las tierras hayan sido legalmente transferidas a terceras partes de buena fe; y (4) los miembros de los pueblos indígenas que han perdido contra su voluntad posesión de sus tierras, cuando esas tierras han sido legalmente transferidas a terceras partes inocentes, tienen derecho a la restitución de las mismas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. En consecuencia, la posesión no es una condición necesaria para la existencia de derechos a la restitución de tierras indígenas. El presente caso de los endorois se enmarca en esta última conclusión. La Comisión Africana, por tanto, está de acuerdo en que las tierras de los endorois han sido usurpadas.

210. Que tal usurpación se ha producido se demuestra porque los endorois, después de haber sido expulsados de sus tierras, no han tenido libre acceso a los lugares religiosos y a sus tierras tradicionales para pastorear su ganado. La Comisión Africana es consciente de que se han construido carreteras de acceso, entradas, alojamientos y un hotel en las tierras ancestrales de la comunidad endorois alrededor del lago Bogoria y de que inminentes operaciones mineras amenazan también con causar daños irreparables en las tierras. Se ha notificado también a la Comisión Africana que el Estado demandado está demarcando y vendiendo partes de las tierras históricas de los endorois a terceras partes.

211. La Comisión Africana es consciente de que la usurpación, en sí misma, no es una violación del Artículo 14 de la Carta, mientras se haga de acuerdo con la ley. El Artículo 14 de la Carta Africana indica una doble condición para que la usurpación pueda llevarse a cabo "en interés público o general de la comunidad" y "de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas". La Comisión Africana evaluará a continuación si una ocupación "en interés público" es proporcionada hasta el punto de subordinar los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras ancestrales. La Comisión Africana está de acuerdo con los demandantes de que la condición establecida en el Artículo 14 de la Carta es conjuntiva, es decir, para que una usurpación no sea una violación del Artículo 14, debe probarse que era por necesidad o interés general de la comunidad y que se llevó a cabo de acuerdo con la legislación adecuada.

212. La condición del "interés público" tiene que superar un límite mucho mayor en el caso de ocupación de tierras indígenas que en el caso de propiedad privada individual. En este sentido, la condición es mucho más estricta cuando se aplica a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. En 2005 este punto fue subrayado por el Relator Especial de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos que publicó la siguiente declaración:

(...) Si hubiera alguna limitación del derecho de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, esta solo podría derivarse del interés estatal más urgente e im-

*perioso. Pocas limitaciones de los derechos indígenas sobre los recursos son apropiadas, porque la propiedad indígena de los recursos está asociada con los derechos humanos más importantes y fundamentales, incluidos el derecho a la vida, a la alimentación, el derecho de libre determinación, a la vivienda y el derecho a existir como pueblo*¹¹⁶.

213. Las limitaciones en los derechos, como las permitidas en el Artículo 14, deben examinarse bajo el principio de la proporcionalidad. La Comisión señala sus propias conclusiones de que "... la justificación de las limitaciones debe ser estrictamente proporcional y absolutamente necesaria para los beneficios que se derivan de ella."¹¹⁷ La Comisión Africana toma nota también del decisivo caso Handyside contra Reino Unido, en el que la CEDH afirmó que cualquier condicionalidad o restricción impuesta a un derecho debe ser "proporcional al legítimo fin que se persigue."¹¹⁸

214. La Comisión Africana es de la opinión de que cualquier limitación de los derechos debe ser proporcional a una necesidad legítima, y deberá aplicarse a través de las medidas lo menos restrictivas posible. En la presente comunicación, la Comisión Africana mantiene la opinión de que con el objetivo de crear una reserva de caza, el Estado demandando ha expulsado ilegalmente a los endorois de sus tierras ancestrales y destruido sus bienes. Es de la opinión de que el trastorno y el desplazamiento de los endorois de las tierras que consideran su hogar y la negación de sus derechos de propiedad sobre sus tierras ancestrales son desproporcionados frente al bien público servido por la reserva de caza.

215. Es también de la opinión de que incluso si la reserva de caza fuera un objetivo legítimo y sirviera al bien público, se podría haber conseguido por medios alternativos, proporcionados a la necesidad. A partir de la evidencia presentada, tanto oralmente como por escrito, está claro que la comunidad quería trabajar con el Gobierno de manera que se respetasen sus derechos de propiedad, incluso si se creaba una reserva de caza. En ese sentido, la Comisión Africana recuerda su propia conclusión en el caso del Proyecto de Derechos Constitucionales, donde señala que "una limitación no puede erosionar

116 Nazila Ghanea y Alexandra Xanthaki (2005) (eds). 'Indigenous Peoples' Right to Land and Natural Resources' en Erica-Irene Daes "Minorities, Peoples and Self-Determination", Martinus Nijhoff Publishers.

117 Constitutional Rights Project, Civil Liberties Organisation y Media Rights Agenda contra Nigeria, Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, comunicaciones número 140/94, 141/94, 145/95 (1999), párrafo 42 (a partir de ahora, caso The Constitutional Rights Project 1999)

118 Handyside contra el Reino Unido, número 5493/72, Serie A.24 (7 de diciembre de 1976), párrafo 49.

un derecho hasta el punto de convertirlo en ilusorio.”¹¹⁹. En el momento en que ese derecho se convierte en ilusorio, la limitación no puede considerarse proporcional, sino que se convierte en una violación del derecho. La Comisión Africana está de acuerdo en que el Estado demandando no solo ha negado a la comunidad endorois todo derecho legal en sus tierras ancestrales, convirtiendo sus derechos de propiedad en esencialmente ilusorios, sino que, en nombre de la creación de una reserva de caza y la subsiguiente expulsión de la comunidad endorois de sus propias tierras, el Estado demandado ha violado la esencia misma del propio derecho, y no puede justificar tal interferencia con una referencia al “interés general de la comunidad” o a la “necesidad pública”.

[...]

218. La Comisión Africana también señala que la naturaleza “desproporcionada” de una usurpación en tierras indígenas que, por tanto, no cumple las condiciones establecidas en las disposiciones del Artículo 14 de la Carta Africana, debe considerarse una violación aún mayor del Artículo 14 cuando el desplazamiento en cuestión fue realizado por la fuerza. Los desalojos forzosos, por su propia definición, no pueden satisfacer las condiciones del Artículo 14 de la Carta de haber sido hechos “de acuerdo con la ley”. Esta disposición debe significar que, como mínimo, tanto la ley de Kenia como las disposiciones pertinentes del derecho internacional fueron respetadas. La grave naturaleza de los desalojos forzosos podría equivaler a una grave violación de los derechos humanos. De hecho, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en sus resoluciones 1993/77 y 2004/28, ha reafirmado que los desalojos forzosos suponen una grave violación de los derechos humanos y, en particular, del derecho a una vivienda adecuada¹²⁰. Siempre que el desplazamiento sea forzoso, esto sugeriría per se que no se ha satisfecho la condición de “proporcionalidad”.

[...]

226. En lo que se refiere a la consulta, el umbral es especialmente exigente a favor de los pueblos indígenas, ya que también exige que se conceda el consentimiento. La no observación de las obligaciones de consultar y buscar el consentimiento, o de compensar, suponen, en última instancia, una violación del derecho a la propiedad.

119 Caso The Constitutional Rights Project, párrafo 42.

120 Véase Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, resolución 1993/77, Doc. ONU E/CN.4/1993/RES/77 y Comisión de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos, resolución 2004/28, Doc. ONU E/CN.4/2004/RES/28. Ambas resoluciones reafirman que la práctica de los desalojos forzosos es una grave violación de los derechos humanos y, en particular, del derecho a una vivienda adecuada.

227. En el caso Saramaka, para garantizar que las restricciones a los derechos de propiedad de los miembros del pueblo saramaka por la concesión de licencias dentro de su territorio no suponen la negación de su supervivencia como un pueblo tribal, la Corte afirmó que el Estado debe cumplir tres salvaguardas: primero, asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo saramaka, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, en relación con cualquier desarrollo, inversión, exploración o plan de extracción dentro del territorio saramaka; segundo, garantizar que los saramaka recibirán un beneficio razonable de cualquier plan similar dentro de su territorio; tercero, garantizar que no se otorgará ninguna concesión dentro del territorio saramaka hasta que entidades independientes y técnicamente solventes, con la supervisión del Estado, lleven a cabo estudios previos de impacto ambiental y social. Estas salvaguardas están destinadas a preservar, proteger y garantizar la especial relación que los miembros de la comunidad saramaka tienen con su territorio, lo que a su vez garantiza su supervivencia como pueblo tribal.

228. En el caso presente, la Comisión Africana es de la opinión de que no se permitió ninguna participación efectiva de los endorois, ni la comunidad ha disfrutado de ningún beneficio razonable. Además, no se llevó a cabo una evaluación de impacto ambiental y social previa. La ausencia de estos tres elementos de las 'condiciones' es equivalente a una violación del Artículo 14, el derecho a la propiedad, según la Carta. El no garantizar la participación efectiva y el no garantizar una participación razonable en los beneficios de la reserva de caza (u otras formas adecuadas de compensación) también suponen una violación del derecho al desarrollo.

[...]

231. La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado no pagó la compensación pronta y plena que exige la Constitución. Es de la opinión de que no se ha cumplido con la legislación keniata y de que, aunque algunos miembros de la comunidad endorois aceptaran una compensación monetaria limitada, eso no significa que la aceptaran como la compensación total, ni que aceptaran la pérdida de sus tierras.

232. La Comisión Africana advierte las observaciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas que, entre otras disposiciones sobre restitución y compensación, señala:

(...) Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin

*su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica*¹²⁷. (...)

[...]

236. A la Comisión Africana le parece además que la cantidad de 30 libras esterlinas como compensación por las tierras ancestrales de alguien desafía al sentido común y a la justicia.

237. La Comisión Africana advierte las detalladas recomendaciones relativas a la compensación a pagar a las personas desplazadas o desalojadas que desarrolló la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías de las Naciones Unidas¹³¹. Estas recomendaciones, que han sido consideradas y aplicadas por la Corte Europea de Derechos Humanos¹³², establecen los siguientes principios para la compensación por pérdida de tierras: las personas desplazadas deberían ser (i) compensadas por sus pérdidas al coste total equivalente antes del desplazamiento mismo; (ii) asistidas en el desplazamiento y apoyadas durante el periodo de transición en el lugar de realojo; y (iii) asistidas en sus iniciativas para mejorar su anterior nivel de vida, su capacidad de generación de ingresos y sus niveles de producción, o para, como mínimo, recuperarlos. Si el Estado demandado tiene interés en dar a los endorois una compensación justa podría seguir estas recomendaciones.

238. Teniendo en cuenta todos los argumentos de ambas partes, la Comisión Africana está de acuerdo con los demandantes en que se ha usurpado y se continúa usurpando gravemente la propiedad de los endorois. La usurpación no es proporcional a ninguna necesidad pública y no es acorde con la legislación nacional e internacional. Por lo tanto, la Comisión Africana sentencia a favor de los demandantes que los endorois, como un pueblo diferenciado, han sufrido una violación del Artículo 14 de la Carta.

127 Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, párrafo 5 del preámbulo [sic], E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 (1994).

131 Subcomisión de la ONU para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías, Directrices acerca de los acontecimientos internacionales y los desalojamientos forzados (47ª sesión, 1995), Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1995/13. 17 de julio de 1995, párrafos 16(b) y (e).

132 Dogan contra Turquía (2004), párrafo 154.

PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTICULO 17 (2) Y (3)

239. Los demandantes alegan que los derechos culturales de los endorois han sido violados por dos motivos: en primer lugar, la comunidad se ha enfrentado a sistemáticas restricciones en el acceso a los lugares culturales y, en segundo, los derechos culturales de la comunidad han sido violados por el grave daño causado por las autoridades de Kenia a su modo de vida pastoralista.

[...]

241. La Comisión Africana es de la opinión de que la protección de los derechos humanos va mas allá del deber de no destruir o debilitar deliberadamente a grupos minoritarios, sino que exige el respeto y la protección de su patrimonio religioso y cultural, esencial para la identidad del grupo, incluidos edificios y lugares como bibliotecas, iglesias, mezquitas, templos y sinagogas. Tanto los demandantes como el Estado demandando parecen estar de acuerdo en eso. Señala que Artículo 17 de la Carta tiene una dimensión dual, en su naturaleza tanto individual como colectiva, protegiendo, por un lado, la participación de los individuos en la vida cultural de su comunidad y, por otro, obligando al Estado a promover y proteger los valores tradicionales reconocidos por una comunidad. Así, entiende que la cultura significa una compleja totalidad que incluye una asociación espiritual y física con las tierras ancestrales propias, conocimientos, creencias, artes, leyes, moral, costumbres y cualquier otra capacidad y hábitos adquiridos por los seres humanos como miembros de una sociedad – la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social dado que lo distinguen de otros grupos similares. También entiende que la identidad cultural abarca la religión, la lengua y otras características definitorias¹³³.

242. La Comisión Africana advierte que el preámbulo de la Carta Africana reconoce que “los derechos civiles y políticos no pueden ser disociados de los derechos económicos, sociales y culturales ...los derechos sociales y culturales constituyen[n] una garantía del disfrute de los derechos civiles y políticos”, ideas que influyeron en la Carta Cultural Africana de 1976 que, en su preámbulo subraya “el derecho inalienable [de todos los pueblos] a organizar su vida cultural en plena armonía con sus ideas políticas, económicas,

133 Rachel Murray y Steven Wheatley (2003) “Groups and the African Charter on Human and Peoples’ Rights”, Human Rights Quarterly, 25, p.224.

sociales, filosóficas y espirituales”¹³⁴. El Artículo 3 de dicha Carta declara que la cultura es una fuente de enriquecimiento mutuo para las diversas comunidades¹³⁵.

243. Esta Comisión también toma nota de las opiniones del Comité de Derechos Humanos en relación con el ejercicio de los derechos culturales protegidos por el Artículo 27 de la Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas. El Comité observa que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.”¹³⁶

244. La Comisión Africana advierte que un tema común que usualmente atraviesa el debate sobre cultura y su violación, es la asociación con las tierras ancestrales propias. Advierte que su Grupo de Trabajo sobre Poblaciones / comunidades Indígenas ha observado que la desposesión de la tierra y sus recursos es “un grave problema de derechos humanos para los pueblos indígenas.”¹³⁷ Advierte además que un Informe del Grupo de Trabajo ha subrayado también que la desposesión “amenaza la supervivencia económica, social y cultural de las comunidades indígenas pastoralistas y de cazadores recolectores.”¹³⁸

245. En el caso de las comunidades indígenas de Kenia, la Comisión Africana toma nota del crítico “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas en Kenia” de que “sus modos de vida y culturas han sido tradicionalmente discriminados y la falta de reconocimiento legal y empoderamiento son reflejo de su marginación social, política y económica.”¹³⁹. Él también señaló que los principales problemas de derechos humanos a los que se enfrentan “se relación

134 Carta Cultural Africana (1976), párrafo 6 del Preámbulo.

135 Ibid. Artículo 3.

136 Comité de Derechos Humanos, Observación General 23 (50ª sesión, 1994), Doc. ONU CCPR/C/21/Rev.1/Add5, (1994), párrafo. 7.

137 Informe del Grupo de Trabajo de la Comisión Africana sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas (2003), p.20.

138 Ibid. p.20.

139 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas [...]

con la pérdida y degradación ambiental de sus tierras, bosques tradicionales y recursos naturales, como resultado de la desposesión de tiempos coloniales y en el periodo posterior a la independencia. En las últimas décadas, las inadecuadas políticas de desarrollo y conservación han agravado la violación de sus derechos económicos, sociales y culturales.”¹⁴⁰

246. La Comisión Africana piensa que, en su interpretación de la Carta Africana, ha reconocido el deber del estado de tolerar la diversidad y de introducir medidas que protejan a los grupos de identidades diferentes a las del grupo mayoritario/dominante. Así, ha interpretado que el Artículo 17(2) exige que los gobiernos tomen medidas “encaminadas a la conservación, desarrollo y difusión de la cultura”, como la promoción de “la identidad cultural como un factor de aprecio mutuo entre los individuos, grupos, naciones y religiones;...promoviendo la sensibilización y el disfrute del patrimonio cultural de grupos étnicos nacionales y minorías y de sectores indígenas de la población.”¹⁴¹

247. El GTPI de la Comisión Africana ha subrayado además la importancia de crear espacios para que las culturas dominantes e indígenas coexistan. El GTPI advierte con preocupación que:

(...) *“Las comunidades indígenas han sido desplazadas en muchos casos de sus áreas tradicionales para hacer sitio a los intereses económicos de otros grupos más poderosos y para iniciativas de desarrollo a gran escala que tienden a destruir sus vidas y culturas más que a mejorar su situación”*¹⁴².

248. La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado tiene un deber mayor en términos de adoptar medidas positivas para proteger grupos y comunidades como los endorois,¹⁴³ y también de promover los derechos culturales, incluida la creación

140 Ibid. énfasis añadido.

141 Directrices para los Informes Nacionales Periódicos, en Segundo Informe Anual de Actividades de la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos 1988–1989, ACHPR/RPT/2nd, Anexo XII.

142 Informe de la Comisión Africana Grupo de trabajo sobre pueblos indígenas (2005), p. 20. [Cursivas en el original]

143 Véase Declaración de la ONU sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, Artículo 4(2): Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres; CEDR, Recomendación General XXIII, Artículo 4(e): Garanticen que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a practicar y reavivar sus tradiciones y costumbres culturales y preservar y practicar su idioma; Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 15(3).

de oportunidades, políticas, instituciones u otros mecanismos que permitan que diferentes culturas y modos de vida existan y se desarrollen, en vista de los desafíos a los que se enfrentan las comunidades indígenas. Estos desafíos incluyen la exclusión, la explotación, la discriminación y la extrema pobreza; el desplazamiento de sus territorios tradicionales y la privación de sus medios de subsistencia; la falta de participación en las decisiones que afectan a las vidas de las comunidades; la asimilación forzosa y los datos sociales negativos, entre otras cuestiones y, a veces, las comunidades indígenas sufren violencia directa y persecución, y algunas incluso se enfrentan al peligro de extinción¹⁴⁴.

249. En su análisis del Artículo 17 de la Carta Africana, la Comisión Africana es consciente de que, a diferencia de los Artículos 8 y 14, el Artículo 17 no tiene ninguna cláusula restrictiva. La ausencia de una cláusula restrictiva es una indicación de que los redactores de la Carta previeron pocas o ninguna circunstancia en la que podría ser apropiado limitar el derecho de un pueblo a la cultura. Advierte además que, incluso si el Estado demandado fuera a poner alguna limitación en el ejercicio de ese derecho, la restricción debería ser proporcionada a un fin legítimo que no interfiriese negativamente en el ejercicio de los derechos culturales de una comunidad. Por tanto, incluso si la creación de la reserva de caza constituye un fin legítimo, el que el Estado demandado no haya garantizado el acceso, por derecho, para la celebración del festival cultural y de los y rituales no puede considerarse proporcionado al fin. La Comisión es de la opinión de que las actividades culturales de la comunidad endorois no suponen un daño al ecosistema de la reserva de caza y que la restricción de los derechos culturales no estaría justificada, especialmente ya que no se ofreció a la comunidad ninguna alternativa adecuada.

[...]

251. Al forzar a la comunidad a vivir en tierras semi áridas sin acceso a las sales medicinales ni otros recursos vitales para la salud de su ganado, el Estado demandado ha amenazado gravemente el modo de vida de los pastores endorois. En su opinión, se ha negado la misma esencia del derecho a la cultura de los endorois, convirtiéndolo, para todos los intentos y propósitos, en ilusorio. Por lo tanto, se concluye que el Estado demandado ha violado el Artículo 17(3) y el Artículo (3) de la Carta.

144 Véase declaración del Sr. Sha Zukang Vicesecretario General para Asuntos Económicos y Sociales y Coordinador del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo ante la Tercera Comisión de la Asamblea General sobre el tema "Cuestiones indígenas", Nueva York, de octubre de 2008.

PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTICULO 21

252. Los demandantes alegan que la comunidad endorois no ha podido acceder a los recursos vitales en la región del lago Bogoria desde su expulsión de la reserva de caza.

[...]

255. La Comisión Africana advierte que, en el caso Ogoni, el derecho a los recursos naturales situados dentro de sus tierras tradicionales también se reconoce a los pueblos indígenas, dejando claro que un pueblo que habita una región específica dentro de un estado puede reclamar ese derecho según el Artículo 21 de la Carta Africana¹⁴⁵. El Estado demandado no ha proporcionado suficientes evidencias para sustanciar su afirmación de que los demandantes se han beneficiado enormemente del turismo y de las actividades de prospección minera.

256. La Comisión Africana toma nota de que los ingresos procedentes de la reserva de caza han sido utilizados para financiar muchos proyectos útiles, 'un hecho' que los demandantes no niegan. Sin embargo, la Comisión Africana se refiere a dos casos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para interpretar este aspecto legal. La Convención Americana no tiene un equivalente del Artículo 21 de la Carta Africana sobre el derecho a los recursos naturales. Por tanto, interpreta el derecho a los recursos naturales como parte del derecho a la propiedad (Artículo 21 de la Convención Americana) y, a su vez, aplica derechos de limitación en la cuestión de los recursos naturales similares a los que aplica en el caso del derecho a la propiedad. La condición, en ambos casos, debe cumplir estándares más elevados cuando el potencial despojo o desarrollo de las tierras afecta a tierras indígenas.

[...]

268. (...) La Comisión Africana es de la opinión de que los endorois tienen el derecho a disponer libremente de su riqueza y recursos naturales en consulta con el Estado demandado. El Artículo 21(2) también se refiere a las obligaciones de un Estado Parte de la Carta Africana en caso de una violación por despojo, a través de la disposición sobre restitución y compensación. Los endorois no han recibido nunca una compensación adecuada ni se han restituido sus tierras. Por lo tanto, el Estado demandado ha violado el Artículo 21 de la Carta.

145 Caso Ogoni (2001), párrafos 56-58.

PRESUNTA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 22

269. Los demandantes alegan que se ha violado el derecho de los endorois al desarrollo como resultado de la creación, por parte del Estado demandado, de la reserva de caza y por no implicar adecuadamente a los endorois en el proceso de desarrollo.

[...]

277. La Comisión Africana es de la opinión de que el derecho al desarrollo tiene una doble condición, a la vez constitutiva e instrumental, o útil como medio y también como fin. Una violación de su elemento procedimental o de su elemento sustantivo, constituye una violación del derecho al desarrollo. Satisfacer una de las condiciones no satisface el derecho al desarrollo. La Comisión Africana toma nota de los argumentos de los demandantes de que el reconocimiento del derecho al desarrollo exige cumplir con cinco criterios básicos: debe ser equitativo, no discriminatorio, participativo, con rendición de cuentas y transparente, con la equidad y la posibilidad de elección como cuestiones importantes, abarcadoras, en el derecho al desarrollo¹⁵⁰.

278. En este sentido, toma nota del informe del Experto Independiente de la ONU que señaló que el desarrollo no se limita a que el estado proporcione, por ejemplo, vivienda para personas o grupos particulares. El desarrollo es, por el contrario, proporcionar a la gente la capacidad de elegir dónde vivir. El Experto Independiente afirma que "...el estado o cualquier otra autoridad no pueden decidir arbitrariamente dónde debe vivir una persona simplemente porque hay disponibles viviendas". La libertad de elección debe estar presente como un componente del derecho al desarrollo¹⁵¹.

279. Los endorois piensan que ellos no tuvieron más elección que abandonar el lago y, cuando algunos de ellos intentaron volver a ocupar sus antiguas tierras y casas, se

150 Arjun Sengupta, "Development Cooperation and the Right to Development," Francois-Xavier Bagnoud Centre Working Paper No. 12, (2003), disponible en www.hsph.harvard.edu/xfbcenter/working_papers.Htm. Véase también, Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, U.N. GAOR, 41ª sesión, Doc. A/RES/41/128 (1986), Artículo 2.3, que se refiere a la participación activa, libre y significativa en el desarrollo.

151 Arjun Sengupta, "El derecho al desarrollo como derecho humano" Centro François-Xavier Bagnoud, Documento de trabajo No. 8, (2000), página 8, disponible en: http://www.hsph.harvard.edu/xfbcenter/working_papers.htm 2000.

les recibió con violencia y realojos forzosos. Los demandantes alegan que esta falta de elección contradice directamente las garantías del derecho al desarrollo. La Comisión Africana también toma nota de un informe elaborado por el Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Poblaciones Indígenas que exige que “los pueblos indígenas no se sientan coartados, presionados ni intimidados en sus decisiones sobre el desarrollo.”¹⁵² el Estado demandado hubiera permitido que se dieran las condiciones para facilitar el derecho al desarrollo como lo entiende la Carta Africana, el desarrollo de la reserva de caza podría haber aumentado la capacidad de los endorois, ya que habrían tenido la posibilidad de beneficiarse de la reserva de caza. Sin embargo, las expulsiones forzosas eliminaron cualquier posibilidad de elegir dónde querían vivir.

280. La Comisión Africana toma nota de las afirmaciones del Estado demandado de que la comunidad está bien representada en la estructura de adopción de decisiones, pero esto es refutado por los demandantes. En el párrafo 27 del informe sobre el fondo de los demandantes, se alega que los endorois no pueden opinar en al gestión de sus tierras ancestrales. Al EWC, el organismo representativo de la comunidad endorois, se le ha negado el registro, denegándose así el derecho de los endorois a una consulta justa y legítima. Los demandantes alegan además que la imposibilidad de registrar al EWC ha conducido a menudo a que se llevasen a cabo consultas ilegítimas, en las que las autoridades han seleccionado a ciertas personas para que dieran su consentimiento “en nombre” de la comunidad.

281. La Comisión Africana señala que sus propios estándares afirman que un Gobierno debe consultar en relación a los pueblos indígenas, especialmente cuando se trate de cuestiones sensibles como las tierras¹⁵³. La Comisión Africana está de acuerdo con los demandantes en que las consultas que el Estado demandado llevó a cabo con la comunidad fueron inadecuadas y no pueden considerarse como una participación efectiva. Las condiciones de la consulta no cumplieron con el estándar de la Comisión Africana sobre consultas de manera apropiada a las circunstancias. Está convencida de que los miembros

152 Antoanella-Iulia Motoc y la Fundación Tebetbba, Documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales, que sirva de marco para la redacción de un comentario jurídico sobre este concepto por parte del Grupo de Trabajo, Doc. ONU, E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4 (2004), para. 14 (a).

153 Informe del Grupo de Trabajo de Expertos de la Comisión Africana sobre Poblaciones / Comunidades Indígenas (28ª sesión, 2003). Véase también, Convenio 169 de la OIT que señala: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

de la comunidad fueron informados del inminente proyecto como *fait accompli* y que no se les dio la oportunidad de influir en las políticas o en su papel en la reserva de caza.

282. Además, los representantes de la comunidad estaba en una posición negociadora de desventaja, una acusación que el Estado demandado no niega ni comenta, por ser analfabetos y tener un muy diferente concepto de la propiedad, uso y posesión que el de las autoridades de Kenia. La Comisión Africana está de acuerdo en que incumbía al Estado demandado llevar a cabo procesos de consulta de tal modo que permitieran a los representantes estar plenamente informados del acuerdo y participar en el desarrollo de aspectos cruciales para la vida de la comunidad. También está de acuerdo con los demandantes en que la inadecuación de la consulta llevada a cabo por el Estado demandado queda evidenciada por las acciones de los endorois después de la creación de la reserva de caza. Los endorois creían, y siguen creyendo incluso después de su expulsión, que la reserva de caza y su modo de vida ganadero no serían mutuamente excluyentes y que tendrían derecho a retornar a sus tierras. Como no entendieron su expulsión permanente, muchas familias no abandonaron la zona hasta 1986.

283. La Comisión Africana desea llamar la atención del Estado demandado sobre el Artículo 2(3) de la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo que señala que el derecho al desarrollo incluye una "participación activa, libre y significativa en el desarrollo"¹⁵⁴. El resultado del desarrollo debería ser el del empoderamiento de la comunidad endorois. No es suficiente que las autoridades de Kenia se limiten a dar ayuda alimentaria a los endorois. Las posibilidades y capacidad de elegir de los endorois deben mejorar para que se realice el derecho al desarrollo.

[...]

288. En la presente comunicación ante la Comisión Africana, la evidencia en video de los demandantes muestra que el acceso al agua potable se vio severamente restringido como resultado de la pérdida de sus tierras ancestrales (lago Bogoria), que tiene muchas fuentes de agua corriente. De igual modo, los medios tradicionales de subsistencia –el pastoreo de animales– se han visto reducidos debido a la falta de acceso a los verdes pastos de sus tierras tradicionales. Los ancianos repiten que han perdido más de la mitad de su ganado desde el desplazamiento¹⁵⁶. La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado ha hecho muy poco para proporcionar la necesaria asistencia a este respecto.

154 Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, ONU. GAOR, 41ª sesión, Doc. ONU A/RES/41/128 (1986), Artículo 2.3.

156 Véase, por ejemplo, el affidavit del Richard Yegon, uno de los ancianos de la comunidad endorois.

289. Íntimamente ligada al derecho al desarrollo está la cuestión de la participación. La CIDH ha afirmado que, para garantizar la participación efectiva del pueblo saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar activamente con dicha comunidad de acuerdo con sus costumbres y tradiciones. Este deber exige que el Estado acepte y disemine información, e implica una comunicación constante entre las partes. Estas consultas deben ser de buena fe, a través de procedimientos culturalmente apropiados y con el objetivo de alcanzar un acuerdo.

290. En la presente comunicación, aunque el Estado demandado alegue que ha consultado con la comunidad endorois, la comisión Africana opina que esta consulta no fue suficiente. Está convencida de que el Estado demandado no obtuvo el consentimiento previo e informado de todos los endorois antes de designar sus tierras como reserva de caza y comenzar su desalojo. El Estado demandado no explicó con claridad a los endorois que se les negarían todos sus derechos de retorno a sus tierras, incluido el acceso irrestricto a los pastos y la sal mineral medicinal para su ganado. La Comisión Africana está de acuerdo con que los demandantes tenían la legítima expectativa de que, incluso tras su desalojo inicial, se les permitiría el acceso a sus tierras para ceremonias religiosas y con propósitos medicinales. De hecho, esta es la razón por la que han acudido a la Comisión Africana.

291. Además, la Comisión Africana entiende que, ante cualquier proyecto de desarrollo o inversión que pudiera tener un gran impacto en el territorio endorois, el Estado tiene el deber no solo de consultar con la comunidad sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones.

[...]

293. En este sentido, es importante señalar que el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas observó que: cuando [los grandes proyectos de desarrollo] tienen lugar en zonas ocupadas por pueblos indígenas es posible que sus comunidades sufran profundos cambios sociales y económicos que a menudo las autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever. (...) Las principales repercusiones de estos proyectos en los derechos humanos de los pueblos indígenas están relacionados con la pérdida de la tierra y los territorios tradicionales, el desalojo, la migración y el reasentamiento, el agotamiento de los recursos necesarios para la supervivencia física y cultural, la destrucción y contaminación del medio ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los efectos negativos a largo plazo en la salud y la nutrición así como, en algunos casos,

el hostigamiento y la violencia.”¹⁵⁸. Por lo tanto, el Relator Especial de la ONU determinó que “el consentimiento libre, previo e informado es esencial para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con los grandes proyectos de desarrollo”¹⁵⁹.

294. En relación con la participación en los beneficios la CIDH, en el caso Saramaka, dijo que la participación en los beneficios es esencial, tanto en relación con el derecho al desarrollo como, por extensión, con el derecho a la propiedad. El derecho desarrollo será violado cuando el desarrollo en cuestión disminuya el bienestar de la comunidad. La Comunidad Africana señala igualmente que el concepto de participación en los beneficios sirve también como un importante indicador del cumplimiento de los derechos a la propiedad; no cumplir con la debida compensación (incluso si los otros criterios de fin legítimo y proporcionalidad se satisfacen) resulta en una violación del derecho a la propiedad.

295. La Comisión Africana toma nota además de que en la ‘Carta Africana sobre participación popular en el desarrollo y la transformación’ de 1990, la participación en los beneficios es esencial para el proceso de desarrollo. En el presente contexto de los endorois, el derecho a obtener “justa compensación” en el espíritu de la Carta Africana se traduce en un derecho de los miembros de la comunidad endorois a participar razonablemente en los beneficios como resultado de una restricción o privación de su derecho al uso y disfrute de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.

296. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no solo que se obtenga el consentimiento informado previo de las comunidades cuando se planea realizar actividades de explotación a gran escala dentro de los territorios indígenas, sino también que se garantice la participación equitativa en los be-

158 [Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión. Doc ONU E/CN.4/2003/90].

159 El CEDR ha observado que “[e]n cuanto a la explotación de los recursos del subsuelo de los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que con la mera consulta a estas comunidades antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité, relativa a los derechos de las poblaciones indígenas. El Comité recomienda, pues, que se recabe previamente el consentimiento de estas comunidades con conocimiento de causa”. Cf. CEDR, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales sobre Ecuador (62ª sesión, 2003), Doc. ONU CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párrafo 16.

neficios derivados de tal explotación. En el presente caso, el Estado demandado debería garantizar una participación en los beneficios mutuamente aceptable. En este contexto, de acuerdo con el espíritu de la Carta Africana, la participación en los beneficios puede entenderse como una forma de razonable compensación equitativa resultante de la explotación de tierras tradicionalmente ocupadas y de aquellos recursos naturales necesarios para la supervivencia de la comunidad endorois.

297. La Comisión Africana está convencida de que la inadecuación de las consultas hizo que los endorois se sintieran marginados de un proceso de la máxima importancia para su vida como pueblo. El resentimiento por la injusticia con la que habían sido tratados empujó a algunos miembros de la comunidad a intentar reclamar el bosque de Mochongoi en 1974 y en 1984, a reunirse con el Presidente para discutir la cuestión en 1994 y 1995 y a protestar por estas actuaciones en manifestaciones pacíficas. La Comisión Africana está de acuerdo en que, si se hubieran llevado a cabo consultas con la participación efectiva de los endorois, no se habría producido la resultante confusión sobre sus derechos ni el resentimiento porque su consentimiento se había obtenido de forma torticera. Está también convencida de que sufrido pérdidas sustanciosas: la pérdida real en bienestar y la negación de los beneficios derivados de la reserva de caza. Además, los endorois han sufrido una significativa pérdida en términos de capacidad de elección desde su expulsión de las tierras. Está de acuerdo en que los endorois, como beneficiarios del proceso de desarrollo, tenían derecho a una distribución equitativa de los beneficios derivados de la reserva de caza.

298. La Comisión Africana es de la opinión de que el Estado demandado tiene la responsabilidad de crear condiciones favorables para el desarrollo de un pueblo¹⁶⁰. No es ciertamente responsabilidad de los propios endorois encontrar lugares alternativos en que pastorear su ganado o llevar a cabo sus ceremonias religiosas. Por el contrario, el Estado demandado está obligado a garantizar que los endorois no son olvidados en el proceso de desarrollo o en los beneficios. La Comisión Africana está de acuerdo en que al no proporcionar una compensación adecuada y beneficios, o proporcionar tierras apropiadas para pastos, el Estado demandado no tuvo debidamente en cuenta los endorois en el proceso de desarrollo. *Falla en contra del Estado demandado que la comunidad endorois ha sufrido una violación del Artículo 22 de la Carta.*

RECOMENDACIONES

1) A la vista de lo anterior, la Comisión Africana cree que el Estado demandado ha violado los Artículos 1, 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana. La Comisión Africana recomienda que el Estado demandado:

a. Reconozca los derechos de propiedad de los endorois y restituya las tierras ancestrales Endorois.

b. Garantice que la comunidad endorois tiene acceso irrestricto al lago Bogoria y lugares circundantes para ritos religiosos y culturales y para el pastoreo de su ganado.

[...]

d. Pague regalías a los endorois por las actividades económicas existentes y garantice que se benefician de las posibilidades de empleo en la reserva.

[...]