

El asunto *Ogiek*: las Comunidades Indígenas ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

por María del Ángel Iglesias

Title: The *Ogiek* Case: Indigenous Communities before the African Court of Human and Peoples' Rights

Keywords: Indigenous Peoples, Right to Land, Freedom of Religion, *Ogiek*

1. – Con fecha 26 de mayo de 2017, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dictó la que viene a ser su primera decisión sobre los derechos de las Comunidades Indígenas en África, y en el caso presente, en Kenia, en el asunto *African Commission on Human and People's Rights contra la República de Kenia* (006/2012).

Se trata sin duda de una sentencia histórica: aparte de erigirse en el *leading case* de la Corte, la decisión es fundamental para el fortalecimiento de los derechos de las CCII y el reconocimiento futuro de los derechos contenidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Podrá alegarse que no basta con un pronunciamiento positivo en favor de la comunidad demandante, sino que es preciso que se cumpla con lo dictaminado en ella. El asunto de la Comisión Africana sobre los *Endorois* es un buen exponente de que no basta con tener establecidos, en los textos de protección de derechos fundamentales, un amplio elenco de derechos y libertades o incluso que los tribunales decidan en su favor, sino que su contenido debe ser observado y cumplido escrupulosamente por el estado demandado, en este caso, Kenia. Conscientes de ello, podemos comenzar afirmando el triunfo que representa para los *Ogiek* la sentencia objeto de estas líneas.

2. – Si enfrentarse con la tarea de la definición de pueblos indígenas es tarea de por sí complicada por su gran heterogeneidad y no faltan quienes afirman, como Bowen, si debiera existir una definición universal de derechos de los pueblos indígenas, la cuestión en África se torna más compleja por cuestiones históricas más profundas que en cualquier otro continente. Si además tenemos en cuenta que en Kenia la multiplicidad es enorme, nos resultará tanto más difícil calificar como CCII, enfrentarnos a esta tarea. Pero dado que el derecho demanda conceptos a efectos de conocer la aplicabilidad de las normas, ofrecemos el pensamiento de Barume quien precisamente afirma que el término indígena es mal interpretado en África resaltando la realidad única y particular del continente. El Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas establecido por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, resaltó en su Informe de 2017 que el factor clave para la identificación de los pueblos indígenas en África es la autodefinición. Junto a ello, y dejando aparte la etimología del término que nos conduciría a afirmar que todos los africanos son indígenas en el continente, es necesario tener en cuenta que estos pueblos se

caracterizan por la situación de subyugación y marginalización, de discriminación en que se han venido encontrando (y aún se encuentran) de pérdida de sus tierras ancestrales pasando a ser en su propio territorio de ser dueños a “sirvientes”.

En cualquier caso, puede afirmarse que no existe una definición o concepto universalmente aceptado y que corresponda con todas las diferentes realidades existentes en la comunidad internacional. Los más importantes textos aplicables a las CCII, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*A/RES/61/295 de 2 de octubre de 2007, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su 61ª sesión*) no nos proporcionan ninguna, adoptando una posición constructivista dejando a la práctica la elaboración gradual de los requisitos y criterios indicativos según apunta la doctrina y ahora en particular, Kingsbury. En este sentido, la Corte, como seguidamente comentaremos, ofrece una definición indirecta, es decir, basada en los factores clave para aplicar la cualidad de pueblos y comunidades indígenas.

3. – En el asunto *Endorois* de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el sistema de protección de derechos de los pueblos indígenas había venido a dar un paso de enorme importancia por lo que se refiere al reconocimiento de los derechos de las CCII. Ahora, ya ante la Corte Africana, el asunto *Ogiek* viene a reforzar notablemente lo estatuido por aquella en el asunto *276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, sentencia de 25 de noviembre de 2009, en adelante asunto *Endorois*, en cuanto al reconocimiento del derecho a la propiedad sobre las tierras ancestrales y las graves consecuencias que la pérdida de las mismas significa para las mismas al afectar otros derechos contenidos en la Carta Africana, como el de la libertad religiosa o el derecho a la vida y a sus culturas diferenciadas.

2290

Los *Ogiek* ya habían comenzado su “batalla” judicial desde tiempo atrás, pero sin resultado positivo como ocurriera con el asunto *Letuya* de 1997. En el caso presente, los hechos se remontan a noviembre de 2009 cuando la Comisión Africana, habiendo recibido por parte de dos organizaciones (CEMIRIDE y MRGI) en nombre de los *Ogiek* una petición de medidas provisionales a efectos de suspender una orden del Servicio Forestal de octubre de 2009 por la cual habían de abandonar ciertas tierras en un plazo de 30 días, no obtuvo respuesta alguna por parte del estado demandado, por lo que presentó demanda ante la Corte Africana contra Kenia por vulneración de diversos preceptos de la Corte Africana, en concreto solicitando que la Corte dictaminara que: (1) el Mau Forest ha sido desde tiempo inmemorial la casa ancestral del pueblo *Ogiek*, que (2) su uso es primordial para su supervivencia y para el ejercicio de su cultura, costumbres tradiciones, religiones y bienestar de sus comunidades, que (3) el estado tome las medidas legislativas necesarias para delimitar demarcar y titular el territorio donde tienen tierras ancestrales según las costumbres y usos y ello sin detrimento de otras CCII y desde luego (4) las tendentes a evitar que tal derecho se vea vulnerado y la rescisión de títulos o concesiones que ilegalmente se hubieran podido llevar a cabo sobre sus tierras ancestrales que deberían ser devueltas a los *Ogiek*. Junto a ello, en su caso, la compensación por los daños sufridos, y otras que constan en otros apartados, como el E (i) a la (xi). Los artículos de la Carta presuntamente vulnerados por el estado eran el 1, 2, 4, 8, 14, 17(2) and (3), 21 y 22 de los cuales pasamos a comentar el referido al derecho a la vida e integridad (artículo 4), libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 8), derecho a la propiedad (artículo 14) derecho a la educación (artículo 17), derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales (artículo 21) y derecho al desarrollo (artículo 22).

4. – Aunque su etnia sea objeto de diferencias (*Masai* o *Kikuyu*, por ejemplo), la Corte Africana en la sentencia de 2017 afirma que son comunidad indígena, siendo ésta una de las primeras cuestiones que se plantea en el asunto que ahora tratamos. El estado keniano había venido negando tal carácter basándose en el abrazo de formas de vida más modernas. La sentencia dedica los parágrafos 103 a 113 (ambos inclusive) a determinar esta cuestión en los que se estudian las alegaciones al respecto efectuadas por los *Ogiek*, así, el hecho de habitar el Mau Forest desde tiempos inmemoriales (prioridad en el tiempo), su voluntad de perpetuar su cultura (lo que incluye el idioma, la organización social, su religión y valores espirituales, sus formas de producción y sus leyes e instituciones), la auto consideración como indígenas acompañada del reconocimiento de otros grupos o instituciones del estado, y la de sufrir marginalización, desposesión, exclusión o discriminación.

5. – La Corte, ante la referida antes falta de una definición “universalmente aceptada” de pueblos en los textos del derecho internacional de los derechos humanos (incluso en la propia Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) y a efectos de constatar si se dan determinados factores mencionados que denomina “criterios estándar” en cuanto a la identificación de las CCII para el derecho internacional, toma como bases jurídicas: 1) el Grupo de Trabajo de la Comisión sobre Pueblos y Comunidades Indígenas, 2) el trabajo del Relator Especial de Naciones Unidas sobre minorías, junto a 3) la posibilidad abierta por los artículos 60 y 61 de la Carta, esto es otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, junto a lo cual, 4) mira al derecho interno keniano para estatuir que la Carta Magna de Kenia de 2010 ofrece fundamento sólido suficiente para llegar a la conclusión de su afirmativa consideración como pueblos indígenas constatando que se dan esas circunstancias o estándares de identificación de los *Ogiek* como tales. Así, respecto a esta difícil cuestión conceptual, la Corte acude tanto al derecho internacional como regional como doméstico mostrando una amplitud de miras que se echa en falta en el tribunal de Estrasburgo respecto a los samis que habitan la parte más septentrional de Europa.

6. – Por lo que al artículo 14 de la Carta Africana respecta (derecho de propiedad, comunal) la Corte detalladamente expone la clásica concepción derivada del derecho romano que incluye el *usus* (goce o disfrute), el *fructus* (derecho a gozar de lo que produce) y el *abusus* (derecho de transferir) frente a la que enfrenta el artículo 26 de la Declaración de 2007 (Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, 61/295) de la que se deriva que no necesariamente sigue la clásica, en particular el *abusus*, pero sin que ello afecte al derecho reclamado. Recordando 1) la necesidad de la consulta previa e informada y 2) que la propiedad puede ser objeto de expropiación cuando concurren legítimas circunstancias como el interés público y es esencial y proporcional, existe justificación y necesidad, llegando a la conclusión de que ello no concurría en el caso, ya que la actividad natural de los *Ogiek* no era dañina para el ecosistema sino que la peor degradación del ecosistema precisamente podría devenir de determinadas concesiones madereras hechas por el gobierno así como ocupaciones por otros grupos. La Corte por tanto determina unos límites a la privación del derecho de propiedad, estatuye que los tres elementos del derecho clásico y la falta de *abusus* no contrarían la esencia del derecho contenido en el artículo 14 de la Carta y reafirma el principio del consentimiento previo, libre e informado. La Corte, decíamos, hace referencia al sistema del derecho clásico romano en el que la propiedad se definía en su etapa más antigua como el goce absoluto y pleno sobre un objeto o cosa corporal. Este significado se ha perpetuado en la teoría de los sistemas continentales sobre el derecho de propiedad. Ahora bien, conviene poner de manifiesto que en Kenia convergen la influencia británica y las propias del país, por lo

que existen categorías jurídicas relacionadas con este derecho que derivan del derecho romano, otras del inglés y otras propias del sistema en cuestión (por ejemplo, *tenancy* no existe en el derecho inglés y en Kenia, por aplicación de la costumbre, si puede predicarse).

7. – La prohibición de discriminación del artículo 2 de la Carta que impide la misma por razón de raza, etnia, religión u origen social es otra de las cuestiones estudiadas por la Corte Africana. Los *Ogiek* habían alegado ser objeto de trato desigual en relación al derecho de propiedad, a la práctica de su religión, su cultura, a la salud, a la vida, el acceso a la justicia, a los recursos naturales y desarrollo especialmente después de que con la Kenia independiente, fueran objeto de persecución y marginalización en aras a una integración/asimilación no deseada y llevada a cabo por el estado keniano en favor de la “unidad” nacional en general y de la conservación del Mau Forest en particular (área en que viven otras comunidades). Al respecto no hay demasiada consideración a resaltar si bien la Corte hace énfasis en que el principio de igualdad y no discriminación no se cumple aprobando normas al respecto sino con un respeto de su contenido y de una forma también similar a nuestros sistemas, las medidas que limitan el derecho han de ser necesarias y proporcionales al fin perseguido (corregir desigualdades), lo que no se da en el caso.

8. – Más interés representan a nuestro juicio las consideraciones acerca del artículo 4, derecho a la vida y a la integridad personal:

Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right

2292

y del artículo 8, libertad de pensamiento, conciencia y religión:

Freedom of conscience, the profession and free practice of religion shall be guaranteed. No one may, subject to law and order, be submitted to measures restricting the exercise of these freedoms.

Como ya dijimos en otro trabajo, una característica del indígena es la de ser eminentemente espiritual, religioso. Cuando los tribunales de protección de derechos humanos han estatuido sobre el comentado derecho de propiedad sobre las tierras ancestrales, han resaltado el significado de la tierra, que no es meramente algo material sino espiritual. Esta doble faceta hace que cuando se vulnera el derecho a la tierra, otros derechos caen en cascada, y así el de la vida o el derecho a la práctica de sus religiones o creencias: en sus culturas, naturaleza, tierra y religión no pueden separarse. La jurisprudencia de los tribunales regionales lo han puesto de manifiesto casi de forma constante en los pronunciamientos de la Corte Interamericana y del sistema africano (el asunto *Endorois* aquí se alza como un significativo ejemplo ilustrativo). En el caso de los *Ogiek*, la Corte Africana expresamente estatuye:

In indigenous societies in particular, the freedom to worship and to engage in religious ceremonies depends on access to land and the natural environment. Any impediment to, or interference with accessing the natural environment, including land, severely constrains their ability to conduct or engage in religious rituals with considerable repercussion on the enjoyment of their freedom of worship.

Así el Mau Forest no sólo proporciona el sustento material sino el soporte espiritual, es el lugar donde practican sus ceremonias y ritos: es pues de carácter sagrado y obligándoles a abandonar su tierra ancestral, el derecho contenido en el

artículo se ve vulnerado. Ello, amén de que se veían compelidos a tener que pagar una cantidad de dinero para poder acceder a los mismos a fin de celebrar sus cultos.

9. – El límite al ejercicio de este derecho sólo puede admitirse si el orden o la seguridad y salud pública se ven afectados, lo que es limitación común presente igualmente en las cartas europea y americana. En el asunto *Ogiek*, el estado había alegado que éstos habían abandonado sus tradicionales creencias en favor del cristianismo (lo que inevitablemente recuerda a lo sucedido en Europa con los samis, particularmente en Suecia), y como consecuencia de ello su tradicional *modus vivendi* (en este aspecto recordemos que el abrazar formas de vida más modernas no implica la no aplicación del estatus de indígena, tal y como la Corte Interamericana estatuyera en el asunto *Sawhoyamaxa contra Paraguay* de 29 de marzo de 2006 como cuando además este cambio ha sido causado por las restricciones impuestas por el estado keniano). Esta cuestión fue tratada sin éxito en sede doméstica keniana en el asunto *Civil Case 238/1999, Kemei, y otros 9 contra el Abogado General y tres más*, en el que la *Hight Court* de Kenia se pronuncia en contra de los *Ogiek*.

En la sentencia se constata que no se puede establecer una regla general, ya que muchos *Ogiek* siguen practicando sus tradiciones, y como literalmente dice en el parágrafo 185: “Es natural que algunos aspectos de la cultura de las poblaciones indígenas, como una determinada forma de vestir o símbolos de grupo, puedan cambiar con el tiempo. Sin embargo, los valores, en su mayoría, los valores tradicionales invisibles arraigados en su autoidentificación y mentalidad compartida, a menudo permanecen inalterados”. Así, finalmente los *Ogiek* ven reconocido su derecho con el pronunciamiento de la Corte Africana.

2293

10. – El derecho a la educación y su cultura, el derecho al desarrollo y a disponer de los recursos naturales, son otros de los afectados como consecuencia de la vulneración del derecho a la tierra ancestral. Ya hemos comentado anteriormente que la afectación de este último es la causa mediata de que otros derechos contenidos en la Carta se vean perjudicados como en cascada. Hay, además, que tener en cuenta que Kenia es parte en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como bien recuerda la sentencia.

11. – En definitiva, y a modo de conclusión, digamos que la sentencia *Ogiek* es el primer pronunciamiento en favor de este pueblo que durante tanto tiempo vio denegados los derechos consagrados en la Carta. Representa así un hito de gran importancia. Supone un reforzamiento de los derechos de las CCII no sólo en Kenia, sino con alcance general. La Corte Africana hace una interpretación abierta, progresiva, teniendo en cuenta el derecho nacional, regional e internacional de protección de los derechos humanos y de los pueblos: como resalta además, la Corte y la Carta son los únicos, organismo y texto, que expresamente en su título, hacen referencia a la palabra “pueblo”. Ciertamente así es, aunque no lo es menos que la Corte Interamericana reconoce derechos colectivos a diferencia del sistema europeo bajo el cual, las comunidades indígenas no han visto reconocidos derechos comunales (*ad ex* a la tierra).

La Corte enfatiza, como ya lo hiciera la Comisión en el asunto *Endorois* antes referenciado, la importancia de la tierra ancestral de las CCII no sólo como elemento material sino espiritual, de manera que -permítasenos ser en este punto reiterativos por la importancia que tiene- si se vulnera el derecho a la tierra, a modo de dominó, la libertad religiosa o el derecho a mantener y perpetuar sus tradiciones, su cultura,

quedan perjudicadas y difícilmente podrán ejercitarse. Ello, aunque no tenga la fuerza expresiva que la Comisión mantuvo en el caso referenciado.

12. – Por ello, no podemos terminar esta aportación sin hacer referencia al diálogo que la Corte mantiene con la Interamericana, menos intenso que el mantenido en el asunto *Endorois* donde las referencias son muy abundantes. En efecto, en el caso de los *Ogiek*, la Corte invoca el asunto *Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay* (sentencia de 17 de junio de 2005) y el asunto *Sawhoyamaya Indigenous Community contra Paraguay*, (sentencia de 29 de marzo de 2006). Aun así, como hemos dejado apuntado antes, la Corte interpreta los artículos de la Carta de una forma dinámica, evolutiva y al fin, favorable a los intereses de los demandantes reforzando los derechos de las CCII en el camino iniciado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en su Recomendación de 25 de noviembre de 2009.