



El asunto Ogiek y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: reforzando los derechos de las comunidades indígenas en África

The Ogiek Case and the African Court on Human and Peoples' Rights: Strengthening the Rights of Indigenous Communities in Africa

O caso Ogiek e o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos: reforçando os direitos das comunidades indígenas na África

María del Ángel Iglesias Vázquez¹

Resumen

Con fecha 26 de mayo de 2017, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CAFDHP²), ha pronunciado sentencia en el asunto 006/2012, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) contra la República de Kenia, por la que se declara la violación masiva grave de derechos reconocidos en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, por parte de la República de Kenia en favor de la comunidad Ogiek, decisión que llega tras ocho años de lucha. Con anterioridad, el sistema de protección de los derechos de las comunidades indígenas en el continente africano se había visto reforzado con

1 Profesora doctora acreditada (Derecho Internacional Público y Derechos Fundamentales) en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Investigación realizada en el marco del proyecto DER2017-83436-C2-1-R: "Las Respuestas en un Estado de Derecho a los retos de Seguridad: Fortalecimiento Democrático, Derechos Fundamentales y Deberes de la ciudadanía" (I.P.: Fernández Rodríguez, José Julio), financiado por el Ministerio de Economía, Ciencia y Competitividad del Reino de España.

2 Se utiliza este acrónimo para diferenciarlo de CAFHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).



la recomendación del 25 noviembre de 2009, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, recaída en el Asunto 276/03, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group* en nombre del *Endorois Welfare Council / Kenya*, donde se sienta una importante doctrina acerca de los derechos fundamentales de estos, especialmente, por lo que respecta a la propiedad de las tierras ancestrales y al significado espiritual de ellas. Ahora, en el caso de los Ogiek, la corte se pronuncia por vez primera, sobre la vulneración de los derechos contenidos en la Carta Africana, respecto de estas comunidades indígenas, en un asunto cuyo demandante es precisamente la Comisión Africana, en nombre de este grupo. Se resaltan así ciertas afirmaciones que realiza la Corte, tanto respecto a la consideración de minorías-comunidades indígenas en general, como en particular (al reforzar sus derechos), respecto al alcance o significado de la propiedad de aquéllas (...y de la integridad territorial del estado).

Palabras clave: comunidades indígenas africanas, Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Kenia, Ogiek, tierras ancestrales.

Abstract

On May 26, 2017, the African Court on Human and Peoples' Rights (CAfDHP³) delivered its judgment in case 006/2012 (the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) against the Republic of Kenya) declaring the massive and serious violation of rights, recognized in the 1981 African Charter on Human and Peoples' Rights, by the Republic of Kenya in favor of the Ogiek community. This decision comes after eight years of struggle. Previously, the system for the protection of the rights of indigenous communities in the African continent had been strengthened by the recommendation of November 25, 2009, of the African Commission on Human and Peoples' Rights in Case 276/03 (Center for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group on behalf of the Endorois Welfare Council/Kenya) where an important doctrine is established about the fundamental rights of these communities, especially with regard to the ownership of ancestral lands and the spiritual meaning of them. Now, in the case of the Ogiek, the court is pronouncing, for the first time, on the violation of the rights contained in the African Charter, with respect to these indigenous communities, in a case whose plaintiff is precisely the African Commission on behalf of this group. This paper highlights some statements made by the Court, both with respect to the consideration of minorities and indigenous communities in general, and with respect to the scope or meaning of their ownership (in reinforcing their rights) and of the territorial integrity of the state in particular.

Keywords: African indigenous communities, African Court on Human and Peoples' Rights, Kenya, Ogiek, ancestral lands.

Resumo

Em 26 de maio de 2017, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (CAfDHP)⁴, proferiu sentença no processo 006/2012, Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

3 This acronym is used to differentiate it from CAFHP (African Commission on Human and Peoples' Rights).

4 Este acrônimo é usado para diferenciá-lo da CAFHP (Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos).

(CADHP), contra a República do Quênia, que declara a grave violação massiva de direitos reconhecidos na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, pela República do Quênia, em favor da comunidade Ogiek, uma decisão que vem depois de oito anos de luta. Anteriormente, o sistema de proteção dos direitos das comunidades indígenas no continente africano havia sido reforçado pela recomendação de 25 de novembro de 2009 da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, recidivada no caso 276/03, *Centre for Minority Rights Development (Quênia) and Minority Rights Group em nome de Endorois Welfare Council / Kenya*, onde uma importante doutrina é sentida sobre seus direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à propriedade das terras ancestrais e o significado espiritual delas. Agora, no caso do Ogiek, o tribunal está decidindo pela primeira vez, sobre a violação dos direitos contidos na Carta Africana, com relação a essas comunidades indígenas, em uma questão cujo demandante é precisamente a Comissão Africana, em nome deste grupo. Isso destaca certas afirmações feitas pela Corte, tanto em relação à consideração das minorias - comunidades indígenas em geral, e em particular (pelo fortalecimento de seus direitos), no que diz respeito ao escopo ou significado da propriedade daqueles (... e da integridade territorial do Estado).

Palavras chave: *Comunidades indígenas africanas, Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos, Quênia, Ogiek, terras ancestrais.*

They say ... that we must develop: but tell me, where or what is this development
Joseph Towett, Chairman del Ogiek Welfare Council

Introducción

Tratar de comprender la realidad de las comunidades indígenas (en adelante, CCII) en el mundo es una tarea complicada por razones diversas y complejas, tanto por lo que se refiere a las distintas características de cada una, como a la confusa utilización (y significado incluso) de términos tales como pueblos, tribus, comunidades, a lo que se suma la falta de una definición universalmente aceptada de quién o qué significa ser indígena⁵. Ello, en el caso de las comunidades del continente africano nos parece aún más complicado. Como sostiene Barume (2010, p. 20-48) el término indígena es malinterpretado por varias razones, entre ellas la de creer que “la mayoría de los africanos son indígenas en el continente”, e incluso como afirma el autor, “el significado mismo de indígena difiere del de América, Nueva Zelanda o Australia”, al destacar esa realidad africana única y particular, cuya comprensión consideramos debe tratarse escrupulosamente y sin que la influencia de un punto de vista o cultura occidental perturbe su esencia. Existe también, cierta confusión entre los términos “indio” e “indígena”. En el continente americano se empleó por primera vez la palabra indio para referirse a

5 En este sentido, no falta quienes se preguntan: “Should we have a universal concept of ‘indigenous peoples’ rights”? Véase Bowen (2000). Vid. también “Los pueblos indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas”, *Folleto informativo n.º 9/2* (2013, pág.2).

los pobladores de las tierras a las que Colón llegara en 1492, con la creencia de que había arribado a las Indias Orientales por otra vía, de lo que da muestra la obra de Bartolomé de las Casas o del Padre Vitoria. El vocablo indígena se comienza a aplicar para el nativo o el originario de tantas otras tierras que, a partir del siglo XV, se ocupan en otros continentes.

La lucha por la consecución, por el reconocimiento de derechos como indígenas en el ordenamiento internacional actual se remonta ya a más de un siglo atrás. El camino es largo, lento, arduo y costoso: no faltan asuntos habidos ante tribunales domésticos o regionales que declaren en favor de estos grupos, pero parece que los fallos ya pronunciados no se cumplen conforme al ritmo de tiempo deseado, lo que ocurre también en algunos asuntos llevados ante otra corte regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CItADH).

En el marco de la lucha por el reconocimiento de los derechos de las CCII, los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos han dictado su primera sentencia con fecha del 26 de mayo de 2017, en el asunto 006/2012 que, sin duda, representa para la comunidad demandante un logro sin precedentes. En ella, el tribunal determina el alcance del derecho a la propiedad y señala los límites derivados del respeto al principio de la integridad territorial del Estado, aspecto que apenas se había percibido en la jurisprudencia de las demás cortes regionales (sí en los textos legales), en las que el derecho a la propiedad comunal de las tierras ancestrales también es proclamado. En el fallo que comentamos interesa resaltar estas cuestiones, el marco en que se efectúan y valorar, en general, el alcance que este primer fallo de la Corte Africana supone sobre la cuestión que resultara ser objeto principal de las demandas presentadas ante otras cortes regionales, el derecho sobre las tierras ancestrales de estas Comunidades y otros que resultan vulnerados como consecuencia de la violación de éste.

Tras exponer de forma general los cuerpos normativos aplicables a los derechos de los indígenas en Kenia, donde habita el pueblo Ogiek, haremos mención a sus características peculiarísimas y a su historia judicial en cuanto a los intentos y los resultados obtenidos por esta comunidad, cuando ha acudido a los tribunales en defensa de sus derechos. Seguidamente, estudiaremos el pensamiento de la Corte respecto de las vulneraciones de los derechos invocados ahora, análisis que se efectúa al tener en mente la doctrina ya vertida por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos con fecha de 25 de noviembre de 2009, en el asunto 276/03 Centre for Minority Rights Development (Kenya) (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya, ambas comunidades indígenas de Kenia.

Finalmente, a modo de conclusión se expondrán las principales ideas extraídas como consecuencia de su estudio.

Algunos datos sobre la población keniana y sus comunidades indígenas

La diversidad de la población keniana es muy elevada (Makoloo, 2005) y es una cuestión un tanto compleja la de definir los grupos que la componen, especialmente cuando tratamos de buscar datos recientes al respecto, al hallar como estadística más actualizada, la de 2009. Si bien hay datos que estiman que existen 42 comunidades de entre las que destacan los Nilotes (30 %) y los Bantus (67 %), mayoritarios en el país, seguidos de los Cushitic, árabes, indios y europeos, parece que según otros datos, dentro de estas 42 no se han comprendido otras dedicadas a la caza o al pastoreo. Las comunidades marginales que pueden añadirse al número indicado son los Ogiek, los Nubians, los Endorois, o los Yatta. En esta línea, Rodolfo Stavenhagen en el Informe del Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas en su Misión a Kenia de 2007, afirma, al referirse al censo de 1989, que se contaban 42 comunidades, sin tener en cuenta muchas otras de pastores o cazadores, como los Ogiek, El Molo, Watta, Munyayaya, Yakuu, y otros pequeños grupos como los Sabao o los Terik, no reconocidos legalmente como tribus independientes, hecho que “se remonta a la política colonial tendente a la asimilación de estos pequeños grupos en otros grupos dominantes” (Stavenhagen, 2007, p. 8).

Los datos aportados por la CIA World Factbook señalan que las diferentes etnias pueden dividirse en los Kikuyu que representan un 22 % del total de la población, los Luhya un 14 %, los Luo un 13 %, los Kalenjin un 12 %, los Kamba un 11 %, los Kisii un 6 %, los Meru otro 6 %, otros africanos un 15 %, y no africanos (asiáticos, europeos y árabes) en un 1 %.

En definitiva, los porcentajes apuntados confirman esa enorme diversidad de grupos o comunidades en Kenia a las que se les suma la dificultad que existe a la hora de identificar minorías o comunidades indígenas en general, en el planeta: el informe *El Mundo Indígena 2017*, (IWGIA, 2017) señala que el grupo de trabajo establecido por la Comisión Africana, “por primera vez domesticó o ‘africanizó’ el término ‘pueblos indígenas’ al definir el concepto y los criterios para referirse a ellos en el contexto africano” (IWGIA, 2017, pág. 34), de manera que, en el continente, el principio de autodefinición es el factor clave para identificar a los pueblos indígenas de África, lo que ya se señalaba también en el informe antes apuntado (Stavenhagen, 2007, p. 8), donde se afirma que, desde el punto de vista africano, todos son indígenas, desde el momento en que son nativos que habitan las tierras en la época de la colonización y comparten las circunstancias de



subyugación y discriminación racial. También, habría que señalar que no todos los países africanos reconocen a los pueblos indígenas como tales. Y es que nos encontramos o bien con la afirmación apuntada anteriormente de Barume (2010), o la de que todos los africanos son indígenas respecto a tal continente (Stavenhagen, 2007, p. 6), o con la de que el concepto de “pueblos indígenas” genera división o es anticonstitucional como señala IWGIA (2017, p. 39).

El derecho demanda una determinación de las categorías jurídicas, pero esta a la que nos venimos refiriendo resulta ser demasiado compleja ante la imposibilidad de proporcionar un concepto lo suficientemente amplio como para englobar la heterogeneidad de las CCII, de manera que según pone de relieve Stavenhagen (1988, p. 135) “se advierte que no existe una definición que englobe a todas las poblaciones que pudieran responder a este concepto”. Para el autor (en Falk, 1988, p. 18) son “los habitantes originarios de un territorio que por circunstancias históricas (normalmente, conquista o colonización por otro pueblo) han perdido su soberanía y han quedado subordinados a una más amplia sociedad y estado sobre el que no ejercen control alguno”⁶. Cada país, según su idea, adopta su propio concepto acorde con su realidad y en efecto ha habido intentos que por una u otra razón, normalmente más política que jurídica o incluso antropológica, se han encontrado con obstáculos para su aceptación universal, como lo afirma Martínez Cobo (1986):

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales. Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: a) ocupación de las tierras ancestrales o al menos de parte de ellas; b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.); d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal); e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo;

6 Traducción propia.

f) otros factores pertinentes. Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por auto identificación como indígena (conciencia de grupo) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación por el grupo). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberanos de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior⁷

Daes (1996, p. 11), sin embargo, afirma que “no se puede abarcar en una definición única la diversidad de los pueblos indígenas de todo el mundo y que además no es conveniente ni posible llegar a una definición universal”

Kingsbury (2012, p. 2) recuerda que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007, no define “pueblos indígenas” para dejar que sea la práctica la que se encargue de elaborar gradualmente los requisitos y los criterios indicativos, aunque sí señala tres principios que ya son mencionados en el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989 (núm. 169) y que pueden ser reflejo de la costumbre internacional: la autoidentificación como grupo, el hecho de que el no reconocimiento por el estado no altera la aplicación del Derecho Internacional y que las materias o las cuestiones de pertenencia al grupo son determinadas por este.

Respecto del valor vinculante de la Declaración de 2007, ciertamente no lo posee *per se*, al ser Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, sin embargo, no faltan quienes opinan que en parte codifica el derecho consuetudinario aplicable a las comunidades, así lo explica Ahren (2009) citado en Koivurova (2011, p. 4).

La “solución” o el acuerdo sobre el problema del concepto en África en general, es complejo como venimos apuntando. “El controvertido uso del término ‘indígena’ en Kenia tiene consecuencias sobre decisiones políticas y así para los derechos humanos de los pueblos en cuestión” como pone de relieve Stavenhagen (2007, p. 6) en su informe “Sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, en su misión a Kenia (2007, p. 6). La solución pasa por establecer quiénes reúnen determinadas características para ostentar tal reconocimiento y así entender quiénes son los destinatarios del derecho: la marginalización pre- y postcolonial que les lleva a ostentar una posición de inferioridad o de no dominación respecto de la sociedad en que viven, la desposesión de las tierras que repercute negativamente en el mantenimiento de sus propias culturas, y en especial la auto-identificación, elementos que se manifiestan en

⁷ Definición extraída del Seminario sobre Recopilación y Desglose de Datos Relativos a los Pueblos Indígenas (Nueva York, 19 a 21 de enero de 2004) “El Concepto de Pueblos Indígenas”. Documento de antecedentes, preparado por la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. NNUU Doc.: PFII/2004/WS.1/3.

la Convención 169 de la OIT, en la Declaración de Naciones Unidas de 2007 o en el Informe de 11 de agosto de 2016 del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas o particularmente en África en el Informe de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2003, p. 63) .

Kenia es estado parte en el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, pero no ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) núm. 169 de 1989, además de que se abstuvo en la votación sobre la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, respecto de la cual la Unión Africana (UA, 2006) aprobó la decisión de las Naciones Unidas, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. (Doc. Assembly/AU/9 (VIII) Add. 6 2.) en la que afirma que la gran mayoría de los pueblos de África, son indígenas para el continente (punto 7) y en la que expresa sus preocupaciones, en particular referidas a: (a) la definición de pueblos indígenas; (b) la libre determinación; (c) los derechos de propiedad de las tierras y de los recursos naturales; (d) el mantenimiento de instituciones políticas y económicas diferenciadas; y (e) la integridad nacional y territorial (punto 6).

Por lo que se refiere a su legislación interna, la Constitución vigente de 2010 parece proporcionar un marco favorable a la protección de estas comunidades. En la cual, aparecen varias referencias a deberes del Estado respecto de determinados derechos de los indígenas: así el Art. 7 (3) b) (promoción del desarrollo y uso del idioma), Art. 11, 2 b) (reconocimiento del papel de la ciencia y las tecnologías indígenas en el desarrollo de la nación) y 3 b) sobre el deber del Parlamento de elaborar leyes tendentes al reconocimiento y la protección de la propiedad de las variedades de plantas indígenas, su genética y características diversas y su uso por las comunidades keniatas, Art. 69 c) (relativo a la protección y promoción de la propiedad intelectual, de los conocimientos, biodiversidad y recursos genéticos de las comunidades) o Art. 260 (Capítulo 17), disposiciones generales en las que se establecen una serie de definiciones como la de “comunidad marginalizada” y en la que en el apartado c) incluye la de “comunidad indígena que ha conservado y ha mantenido un estilo de vida tradicional y un medio económico de vida basado en la caza o recolección”; o “d) las personas y comunidades pastorales, ya sean (i) nómadas; o (ii) comunidad asentada”, “grupos cuya existencia y preservación cultural depende de la protección de los derechos ancestrales sobre las tierras y recursos”. El Capítulo V se dedica a la regulación de la tierra.

A nadie escapa, que las disposiciones constitucionales necesitan de un desarrollo legislativo, lo que en este caso se concreta hoy en la Community Land Act de 2016, objeto de críticas en cuanto la indefinición de lo que constituyan “tierras comunitarias” y su demarcación cuando coincidan con las públicas, así como respecto a la falta de concreción de los procedimientos concretos de sus demarcación, tan necesarios para cumplir con el respeto a los derechos a las tierras ancestrales de las comunidades indígenas (IWGIA, 2017, p. 496), (Ouma Oloo (2017) citado en Tiampati, (2017, p. 8).

Los Endorois, los Nubian o los Ogiek han sido actores directos o indirectos en las instituciones que conforman el sistema africano de protección de Derechos Humanos y de los Pueblos, bien ante la Comisión o ahora ante la Corte Africana y su reconocimiento explícito como comunidades indígenas que parece indiscutible ya en tales instancias. En definitiva, podríamos partir hoy de la afirmación de que a estas comunidades les corresponden los derechos que el ordenamiento internacional otorga a las CCII, pero el camino, especialmente para los Ogiek ha sido extremadamente difícil y complicado. En este sentido, la sentencia objeto de este trabajo, representa un triunfo.

Los Ogiek y su historia judicial

Los Ogiek, en efecto, no han sido siempre considerados oficialmente como etnia, sino como comunidad parte de otras más amplias (Kratz, 1980 pp. 355-368). Se trata de una comunidad indígena que habita en el Mau Forest y su vida gira en torno a su actividad de cazadores y recolectores de miel. Ahí, han vivido desde hace varios siglos y su número ha decrecido por razones diversas, tanto porque algunos han optado por la asimilación con otras formas de vida más “modernas”, como porque otros han sido desalojados de las tierras en que vivían y consideraban suyas. En la sentencia de la Corte Africana objeto de este trabajo (CAfDHP, 2017, p. 29), el representante del Estado demandado sostuvo que “los Ogiek no son un grupo étnico distinto sino una mezcla de varias comunidades”, aunque luego admite que “son una comunidad indígena en Kenia, pero no como los Ogiek de 1930 y 1990 al haber transformado su forma de vida y adaptado a la vida moderna como el resto de los keniatas” (CAfDHP, 2017, p. 29).

Desde comienzos del pasado siglo, aún bajo dominación británica, ya habían comenzado a reclamar derechos sobre sus tierras ancestrales. La Kenya Land Commission de 1933 (conocida como la Carter Commission), no atendió tampoco a tales reclamaciones, ni a su pretendida consideración como “distinct nation” diferente de los Massai o los Kalenjins. La administración colonial incluso negoció con los Massai transferencia de tierras, al dejar apartados a los Ogiek (Kimaiyo: 2004 y

Onyango: 2014). Como resultado de ello y en definitiva, fueron progresivamente forzados a desalojar ya una parte del Mau Forest y con ello su particular modo de vida adoptado desde tiempo inmemorial.

Exponen Lyman y Kew (2010) en esta línea argumental cómo los anglo-Masai ya provocaron con sus concesiones la desposesión de las tierras a los Ogiek en favor de los británicos, al forzar realocaciones de estas comunidades en la de los Masai⁸ donde se les coaccionó a abandonar su cultura. Las rebeliones de los Masai y los Ogiek condujeron a la creación de una comisión (formada por dos colonos europeos y un juez que ya había fallado con anterioridad contra los Masai) en 1932, debido al peligro del brote de violencia, pero realmente de poco sirvió, ya que el resultado final fue la recomendación de que fueran integrados o asimilados a otras tribus más amplias, sin reconocerles derecho a vivir en sus propias reservas. Más adelante en el tiempo, en el año 1974 el Mau Forest fue declarado Parque Nacional, y echaron a los Ogiek de allí y ello sin compensación, ni por supuesto, consulta previa alguna, al violar sus derechos humanos más básicos.

Su historia judicial parece haber sido tan complicada como negativa, en cuanto a los resultados obtenidos hasta la sentencia objeto de la presente contribución (Castellino J. y Walsh, 2005, pp. 365-391)⁹. En efecto, el primer asunto presentado ante los tribunales es el de *Joseph Letuya and 21 others Vs. Attorney General and 5 others*, HCCA, n.º 635/97. En la resolución dictada con fecha 15 de octubre de 1997 se hace referencia a ese despojamiento paulatino que los Ogiek vinieron padeciendo desde 1900. El caso llegó hasta la High Court (Corte Suprema) de Kenia. Los fundamentos jurídicos alegados se basaron tanto en derecho interno keniano, en concreto en la Constitución keniano, arts. 71, 77, 81 y 82, en ciertas disposiciones contenidas en la Agriculture Act y en la Forests Act –que consideraban “ultra vires” –, como en el derecho internacional y en la jurisprudencia en materia de derechos humanos. La Corte estatuyó con fecha 25 de octubre de 1997 que el estado “debería abstenerse de disponer para otros de tales tierras hasta que al menos fueran escuchados y delimitadas aquéllas, en su caso¹⁰” (Barume: 2010, p. 93).

Poco éxito práctico obtuvieron, toda vez que no se cumplió lo estatuido; sin embargo, parece que sirvió de aliciente para demandas posteriores de otros, con

8 Con el despectivo apelativo de Dorobo, son llamados los Ogiek, por parte de los Masai. Viene a significar “muy pobre”.

9 Sobre la cuestión, véase: Barume, (2005) “Indigenous Battling for the Land Rights: The Case of the Ogiek of Kenya” en Castellino J. y Walsh, N. *International Law and Indigenous Peoples*. The Raoul Wallenberg Institute Human Rights Library. Vol. 20. Martinus Nijhoff, The Netherlands, 2005. Cap. III, págs. 365-391.

10 Traducción propia.

igual base fáctica; así el caso *Francis Kemei, David Sitienei and Others versus The Attorney General, the PC Rift Valley Province, Rift Valley Provincial Forest Officer, District Commissioner Nakuru*, HCCA n.º 238 de 1999.

Merece la pena resaltar este asunto, por cuanto que la Corte Suprema de Kenia se pronuncia el 23 de marzo de 2000 (KeHC, 2000) al argüir que la modernidad abrazada no es compatible con la conservación del medio ambiente, lo que en definitiva hace decaer el argumento de la necesidad de las tierras como medio esencial de subsistencia, y de cultura propia. Aunque la Corte no hace referencia expresa, inevitablemente este asunto nos recuerda a lo acontecido con los Sami del norte de Europa y la autoafirmación como comunidad indígena que se sirve de medios “modernos” para conducir a los rebaños de renos, sin que ello haya influido negativamente en su consideración de indígenas. Afirmó además el Tribunal, que se les dieron tierras alternativas y que podían de hecho, vivir en cualquier parte del país, por lo que no existía discriminación alguna.

Son varios, en consecuencia, los asuntos que esta comunidad plantea ante diversas instancias, pero con balance negativo hasta el presente que pasamos a comentar.

La sentencia Ogiek: el asunto 006/2012 African Commission of Human and Peoples’ Rights contra la República de Kenia

El asunto Application 006/2012, African Commission of Human and Peoples’ Rights v. Republic of Kenya (sentencia de 26 de mayo de 2017) se remonta al año 2009 cuando la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos (CADHP), recibió Comunicación del Center for Minority Rights Development (CEMIRIDE) conjuntamente con el Minority Rights Group International (MRGI)¹¹, en nombre de los Ogiek acerca del forzoso desplazamiento de tierras del Endorois ordenado en octubre de ese año, por parte del estado de Kenia quien fundamentó la decisión en las disposiciones contenidas en la sección 4 de la Government Land Act, la Forest Act de 1957 y la Wildlife (Conservation and Management) (Act de 1977) (CAfDHP: 2017, pág. 3) que permite que, en zonas como esta, que es reserva hidrográfica, o en las declaradas parques nacionales por ejemplo, el gobierno no tiene obligación de consultar (como así hizo respecto de los Ogiek) en relación con los planes de desarrollo de aquéllas¹².

Dado el peligro a que quedaban expuestos después de haber abandonado sus tierras, los demandantes presentaron medidas provisionales con fecha 23 de noviembre de 2009, a efectos de anular la orden, a lo que la Corte accedió con fecha 15 de

11 Las ONG pueden tener legitimación activa en los procesos en base al Artículo 33, 1 f) de las Reglas de la Corte.

12 Sobre el acaparamiento de tierras, *vid.*: Zamora Cabot (2015) y Camarero Suárez, V, Zamora Cabot, (2016).

marzo de 2013, en los términos de que el demandado debía, además de volver a la situación anterior, a las restricciones, abstenerse de realizar cualquier acto que pudiera causarles perjuicio irreparable, hasta la finalización del asunto sobre el (CAfDHP: 2017, p. 4).

Ohenjo (2003, pág.1) pone de manifiesto la “erosión cultural y espiritual que ese desalojo de tierras provocó en los Ogiek al vulnerar sus derechos fundamentales como los contemplados en instrumentos internacionales en los que Kenia es parte, como el artículo 15 del Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966”, situación que bien podría encuadrarse en lo que Stavenhagen (1990, p. 86) considera, muy acertadamente a nuestro parecer, “catálisis de etnocidio”. El autor sostiene que “etnocidio es un proceso en el que un pueblo culturalmente distinto pierde su identidad; conlleva una dimensión tanto económica como cultural insertas tanto en la teoría como en la práctica de su desarrollo y consolidación como tal”¹³. El problema radica en que esta categoría de “etnocidio” no parece tener aún la cabida que merece en el Derecho Penal Internacional, toda vez que, pese a lo que significa con respecto a la dignidad de la persona, de la gravedad que supone, no cabe en la de genocidio, según la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, aunque ya hemos sostenido en otro trabajo la conveniencia de que quedara penada bajo este crimen internacional al volver a la idea de Lemkin, padre de la Convención de 1948 o en la del delito de lesa humanidad (Iglesias, 2018). Con ello, en el momento presente parece que solo puede ser objeto de repulsa y condena bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Según consta en los párrafos 21 y 22 de la sentencia, el demandado no cumplió con el mandato, por lo que la Comisión ante lo que consideraba masiva violación de derechos contenidos en la Carta, decidió actuar como demandante en nombre de los Ogiek¹⁴ y presentó escrito en la que los derechos que se alegan vulnerados son los artículos 1, 2, 4, 8, 14, 17(2) y (3), 21 y 22 de la Carta (AfCHPR,; 2017, p. 3).

El demandante solicitó a la Corte que declarase que el Mau Forest “ha sido desde tiempo inmemorial la casa ancestral del pueblo Ogiek”, que “su uso es primordial para su supervivencia y para el ejercicio de su cultura, costumbres tradiciones, religiones y bienestar de sus comunidades”, que 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 CCIP”

¹³ Traducción propia.

¹⁴ Decisión de la Comisión tomada en la undécima sesión extraordinaria, de marzo de 2012 y con base en la masiva vulneración de derechos fundamentales de los Ogiek.

(AfCHPR: 2017, pág. 10) y desde luego 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 las que constan en otros apartados, como el E (i) a la (xi) (AfCHPR, 2017, pp. 9-13).

Los Ogiek como comunidad indígena

La primera de las cuestiones abordadas por el Tribunal es la consideración de los Ogiek como comunidad indígena, cuestión que considera central para decidir sobre las peticiones efectuadas, y que es la argumentada por la Comisión, basándose en dos datos principales: el hecho de vivir en el Mau Forest por tiempo inmemorial y la forma de vida y supervivencia tradicional en los Ogiek, comunidad de cazadores-recolectores.

Llama la atención, como ya hemos adelantado, la alegación efectuada por el demandado, acerca de la transformación de la forma de vida de algunos Ogiek, que les hace perder la característica de indígena. Hemos comprobado igual clase de aseveraciones respecto de los samis que habitan en el área más septentrional de Europa (norte de Noruega, Suecia, Finlandia y Federación Rusa), pero no existe referencia alguna a ningún asunto “europeo”. Igualmente, nos recuerda al asunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Pueblo Saramaka contra Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C 172, ya que integrantes de esta comunidad de origen africano fueron llevados a América como esclavos. El estado demandado afirmó que “la inclusión voluntaria de algunos integrantes del pueblo Saramaka en la 'sociedad moderna' ha afectado su distinción cultural, de modo que (afectando su distinción cultural) sería dificultoso definirlos como una personalidad legal” (CIDH, 2007, p. 51).

Al adelantar que la respuesta a su consideración como indígenas será positiva, las bases jurídicas que toma la Corte para llegar a la afirmación del carácter de comunidad indígena de los Ogiek son, especialmente, la labor del Grupo de Trabajo para cuestiones indígenas, el Informe Especial del Relator de NNUU sobre los Pueblos/Comunidades Indígenas, el Convenio OIT núm. 169, la Opinión Consultiva de la Comisión Africana para Derechos Humanos y de los Pueblos sobre la Declaración de NNUU sobre los Derechos de los Indígenas de mayo de 2007, el Informe del Relator Especial de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías¹⁵ de 1986 (E/CNA/Sub.2/1986/7/ y Add. 1 a 4), el Informe del WGIP/C, (Grupo de Trabajo de la Comisión Africana sobre

15 Martínez Cobo.



los Pueblos y Comunidades Indígenas) “Investigación e Información de la visita a Kenia 1-19 marzo 2010” o el Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas¹⁶ de 26 de febrero de 2007 (A/HRC/4/32/Add.3). Ello conduce a reafirmar en realidad los factores que Daes (1996, pág. 19, Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/ 17) había resaltado respecto a la consideración del término “indígena”: la prioridad en el tiempo respecto al uso y la ocupación de un territorio determinado (Mau Forest en este caso), la voluntad de perpetuar su cultura (lo que incluye el idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, las formas de producción y las leyes e instituciones, la auto consideración como indígena acompañada del reconocimiento de otros grupos o instituciones del estado, y la de sufrir marginalización, desposesión, exclusión o discriminación, persistan o no esas condiciones). Ello, tras recordar previamente, la falta de definición universalmente aceptada, de lo que se entiende por “pueblos indígenas” pese a los “esfuerzos” a los que antes hicimos referencia, mencionado el efectuado por la Convención 169 de la OIT, la Comisión africana a través del WGIP, o el trabajo del relator especial para las minorías (CAfDHP, 2017, p. 30).

Al tener en cuenta que la Carta refiere en cuanto a su interpretación otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (arts. 60 y 61) no solo los menciona, sino que va probando el hecho de que efectivamente concurren los referidos criterios, al citar en cuanto a la doctrina se refiere la obra de Kratz (1980) y la de Kimaiyo (2014) (CfADHP, 2017, p. 33). Esta cuestión de la consideración como pueblo indígena, se retoma cuando entra en la valoración de la vulneración del Artículo 2 de la Carta que prohíbe la discriminación, ya que la Kenya Land Commission les negó su estatus de comunidad indígena en 1933, con la consiguiente imposibilidad de obtener los derechos que como tales se les debió haber reconocido e incluso considerándoles como un *barbaric people*, al proponer su adscripción con otro grupo de similares características. Como término comparativo menciona a los Massai. Pero, además encuentra que, en la propia Constitución de 2010 de Kenia, se define como “comunidades marginalizadas” pero los Ogiek caben perfectamente en la proporcionada por la Carta Magna (CAfDHP, 2017, p. 41).

El Derecho a la Propiedad de las Tierras, Artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

El Artículo 14 de la Carta Africana reza:

16 Stavenhagen.

17 <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/129/83/PDF/G9612983.pdf?OpenElement>. 2

“Estará garantizado el derecho a la propiedad. Este solamente podrá ser usurpado en el interés público o general de la comunidad y de conformidad con las disposiciones de las leyes adecuadas”.

Realmente, la cuestión relativa a la propiedad (comunal) de las tierras es la materia alrededor de la cual giran las demás vulneraciones de derechos fundamentales que a las comunidades indígenas corresponden, problema que hemos comprobado, ocurre igualmente en los casos fallados por la Corte Interamericana o por la Comisión Africana en el asunto Endorois o Nubian (Iglesias, 2017, pp. 261-298). La tierra es el elemento básico, esencial, sin el cual estas comunidades están en situación de perder su cultura, su modo tradicional de vida, sus costumbres, y en algunos casos, hasta sus vidas.

La tierra no es solo el elemento material pues, sino también el espiritual como ya tantas veces ha remarcado la doctrina¹⁸ y la jurisprudencia¹⁹, y en el caso concreto de los Ogiek, estos juegan un importante papel como “guardianes del ecosistema al conservar y al proteger las tierras y los recursos naturales”. Como Minority Rights International Group (2017) señaló en su web (minorityrights.org, 2017): “Fundamentalmente, la Corte ha reconocido que los Ogiek, y en consecuencia muchos otros pueblos indígenas de África tienen un destacado papel como guardianes de los ecosistemas locales conservando y protegiendo la tierra y los recursos naturales, incluido el bosque de Mau”²⁰.

En el asunto Endorois, la Comisión ya había argumentado ampliamente ese significado espiritual de la tierra y es tal la fuerza con que vierte sus afirmaciones que no mucho más habría que añadir sobre el aspecto inmaterial que representa. Sí nos llama la atención que respecto al derecho consagrado en el Artículo 14, en ninguno de los párrafos en que se exponen los argumentos de la demandante o del demandado o de la Corte, se haga referencia al lazo espiritual con la tierra (CAfDHP, 2017, p. 33-38).

No quiere decir ello, que no reconozca tal ligazón, sino que, en la sentencia, se habrá de esperar a la consideración sobre la vulneración del Artículo 8 de la Carta referido a la libertad de conciencia y religión, para volver a ver en la jurisprudencia regional de las cortes de derechos humanos, el lazo tierra-espiritualidad.

18 La doctrina al respecto es ya muy abundante. Por todos citamos, Ballantine (2014), Wright (2013), Wiessner (2011). Gómez Isa y Berraondo (2013), Bronwlie (1998).

19 Así, CIDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º. 146. CIDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º. 79 y su voto razonado de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, pág. 1.

20 Traducción propia.

El derecho contenido en el Artículo 14 es aplicable tanto al individuo como al grupo. Se enmarca en la Parte I, Capítulo I: Derechos Humanos y de los Pueblos, lo que da una diferencia, teórica con respecto a otros textos regionales de protección de los Derechos Humanos y de la Declaración Universal de 1948. Esa concreta referencia a la palabra “pueblos” es cuestión que ya la Comisión Africana, en la recomendación del asunto Endorois remarca, al resaltar, diríamos que con la suficiente fuerza para no pasar desapercibido, el carácter único de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en relación con los demás textos internacionales y regionales que no refieren literalmente en sus denominaciones la palabra señalada, “pueblos” (CADHP, 2009, p. 106).

La novedad argumentativa de la sentencia Ogiek es la tesis de la que parte la Corte, sobre el significado de propiedad. Esta aportación no aparece en las sentencias de la Corte Interamericana, ni en la anterior de la Comisión Africana. Tampoco, en la del TEDH (referida a las recaídas en los asuntos de los Sami e Inuit y cuyo resultado es negativo como luego señalaremos²¹). El Artículo 14 de la Carta, según la propia Corte, consagra un derecho que, efectivamente y “en su sentido clásico” (CAfDHP, 2017, p. 36) tiene tres elementos que ya fueran advertidos por el Derecho Romano: el *usus*, el *fructus* y el *abusus*: *ius utendi* (*usus*), *ius fruendi* (*fructus*) e *ius abutendi* (*abusus*): uso, disfrute de sus frutos y el derecho a disponer basado en la potestad de modificar, vender o destruir el objeto o cosa determinada.

La propiedad en las leyes romanas se definía como el goce absoluto y pleno sobre un objeto o cosa corporal (beneficios del derecho de propiedad a su titular). Este significado se ha perpetuado en la teoría del derecho de propiedad de los sistemas continentales. Téngase en cuenta también que como señala Carrillo de Albornoz (1999, pp.117-119) “No es lo mismo el concepto de propiedad en tiempos de Gayo, por ejemplo, que en la legislación justiniana. La propiedad como poder absoluto e ilimitado queda relegado a las épocas más antiguas; el elemento individualístico primitivo sufre una paulatina pero patente mitigación a través de excepciones y limitaciones que responden a una mayor injerencia de factores socializantes”.

Pero por lo que respecta a Kenia, lo debemos tratar en principio con precaución, ya que las influencias inglesas en el derecho keniano son relevantes como colonia británica que fuera, de manera que existen categorías jurídicas relacionadas con la propiedad que derivan del derecho romano, otras del inglés y otras propias del sistema en cuestión. Sostiene Nyakeri (2012, p. 6), al citar a Onalo (2010, p. 20) que “tenancy” no existe en el derecho inglés, pero “en Kenia, por aplicación de

21 Señala Koivurova, (2011, pág. 3) este hecho de la inexistencia de casos decididos en Estrasburgo en favor de los indígenas, como una gran injusticia dada la fuerte posición del TEDH para proteger sus derechos.

la costumbre, puede ser mantenida dentro de una tribu, un clan o una familia en tenencia conjunta o tenencia común”.

Más que el *usus* y el *fructus*, creemos que puede plantear más problemas jurídicos el tercer elemento que no es absoluto en el derecho consagrado en el Artículo 14 (ni en el del derecho europeo, civil o continental), el *abusus*. Pero la propia Corte nos proporciona la solución a ese posible problema jurídico al estatuir expresamente que el Artículo 14 de la Carta se debe interpretar a la luz de los principios aplicables especialmente en el marco de las Naciones Unidas, del que destaca el Artículo 26 (CAfDHP, 2017, p. 26) de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, aprobada por la Resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 13 de septiembre, respecto de la que, recordemos, Kenia se abstuvo, al afirmar la Corte que la interpretación del Artículo 14 de la Carta Africana debe hacerse conforme a este precepto, con lo que –agregamos– está otorgándole un valor jurídico añadido, al discutido de esta última: he aquí una destacable afirmación de este pronunciamiento.

La cuestión del tipo de propiedad, del derecho a la que que ostentan las CCII, es de comunal (que ya existía también en el derecho romano) y el apartado 2 del Artículo 26 no implica necesariamente el derecho a la propiedad clásico, sino también posesión, uso, utilización u ocupación tradicional. Con ello, y al menos desde la perspectiva del derecho civil continental, “parecen” confluir dos clases de derechos con diferente regulación en los códigos occidentales. Lo que queremos decir es que, en puridad, propiedad y posesión son diferentes categorías jurídicas, lo que parece no tener relevancia a la hora de dictaminar el derecho a la “propiedad” de las tierras ancestrales de las CCII.

La conjunción de ambos preceptos asegura el uso de la tierra que necesitan para desarrollarse en su condición de indígenas y con la que se sienten identificados, la tierra que originariamente habitaran sus antepasados (en este aspecto, de la sentencia Saramaka, ya se desprende que no parece que sea obstáculo para la concesión del derecho y de característica de indígena a las poblaciones que fueron llevadas desde el continente africano al americano, donde se asentaron desde el siglo XVII) y el lugar donde ejercen sus prácticas religiosas y donde moran los espíritus, donde su cultura puede desarrollarse en plenitud. Y aunque, lo estatuya también cuando considera la violación del Artículo 21 de la Carta, la Corte afirma ahora que “(La Corte) en este sentido ya ha reconocido para los Ogieks una serie de derechos sobre sus tierras ancestrales, a saber, el derecho de uso (*usus*) y el derecho a disfrutar del producto de la tierra (*fructus*), lo que presupone el derecho de acceso y ocupación de la tierra” (CAfDHP, 2107, p. 61)²².

22 Traducción propia.



El respeto al goce del derecho contenido en el Artículo 14 no es absoluto como antes se ha señalado: se halla limitado –para el Estado– a la consulta previa e indemnización, cuando existe causa de utilidad pública (limitado en razón de utilidad pública que el ejercicio de la expropiación exige en los derechos civiles continentales) necesaria y proporcional y que –reiteramos– conlleva en cualquier caso una adecuada compensación. Así, el que los Ogieks hubieran sido expulsados sin consulta previa, sin respeto a las condiciones mencionadas hace que el Artículo 14 se vea vulnerado.

Quizás aquí la Corte pudo ir más allá y establecer tal y como hiciera la Corte Interamericana, desde el asunto ya mencionado, *Awas Tingni Vs. Nicaragua*, que incluso la falta de título no impide la titularidad de este derecho (CIDH, 2001, p. 79), prueba que se torna “diabólica” tantas veces, al servirnos aquí del término utilizado por el Juez Cançado Trindade en el asunto *Sawhoyamaxa* (CIDH, 2006, p. 125, y p. 1 de su voto razonado)²³. En el Caso del Pueblo Saramaka, la Corte Interamericana subrayó que la protección del derecho a la propiedad conforme al Artículo 21 de la Convención Interamericana no es absoluta: “la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad”, pero su limitación deberá: a) estar previamente establecida por ley; b) ser necesaria; c) proporcional y d) tener el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, criterios establecidos ampliamente por la jurisprudencia” (CIDH, 2007, p. 40). En el Caso de los Pueblos Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano y sus integrantes vs. Panamá, sentencia del 14 de octubre de 2014 (Serie C 284), la Corte sostuvo que “la posesión tradicional de las tierras... otorga derecho a exigir reconocimiento oficial de su propiedad y registro, de lo que deriva el deber del estado de proceder al reconocimiento, demarcación y titulación de las tierras” (CIDH, 2014, p. 40).

Inevitablemente, aquí echamos en falta que la Corte Africana no traiga la doctrina asentada, ya por la Corte Interamericana.

En el transcurso del procedimiento judicial, se aprobó la ya mencionada *Community Land Act* de 2016, a efectos de cumplir con el mandato constitucional, aunque parece que son precisos reglamentos que complementen y aclaren ciertos aspectos de tal Act. La Constitución de 2010, señala en el Artículo 61 una clasificación de tierras en públicas, comunales y privadas, pero ello requiere una clara demarcación. La Ley de Tierras de 2012, reconoce derechos consuetudinarios (Artículo 37, parte IV, *Community Land*) que han de ser regulados de conformidad con el Artículo 63 de la

23 En su voto razonado, el Juez denomina así a la prueba exigida a la Comunidad Indígena sobre la carga que hace pesar la Corte IDH en este asunto sobre la causa del fallecimiento de determinados integrantes de la comunidad, consecuencia de haber tenido que desalojar sus tierras ancestrales.

Constitución keniana y la Forest Act de 2005, que se refiere también a “comunidad” al proporcionar una definición que encaja con las características de los Ogiek, incluso más allá y mejor la de “community forest” (grupo de personas que tradicionalmente están ligados con el bosque en su forma de vida, cultura o religión).

Parece a primera vista que la letra de la ley es clara, pero los Ogiek, recordemos, no han sido considerados siempre comunidades indígenas con lo cual no se han beneficiado de los derechos conferidos por norma. Por ello, la Corte (2017, p. 65) fallará que la falta de ese reconocimiento como otros grupos similares ha conducido a la denegación y consiguiente violación del derecho contenido en el Artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Tal y como antes se indicó, la afectación del derecho a vivir en sus tierras puede poner en peligro otros derechos, como el de la vida consagrado en el Artículo 4 de la Carta Africana. Queremos traer a colación este precepto, porque si bien la Corte Africana estatuye la no violación de este (CAFDHP: 2017, p. 68), nos encontramos con una referencia al asunto Yakye Axa de la CIADH, aunque seguidamente busque en el asunto Endorois similar razonamiento por parte de la Comisión Africana.

Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular²⁰¹. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna (CIADH, 2005, p. 88).

El Derecho a Disponer de Riquezas y Recursos Naturales del Artículo 21 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

El Artículo 21 de la Carta Africana, reza como sigue:

1. Todos los pueblos dispondrán libremente de sus riquezas y recursos naturales. Este derecho será ejercido en el exclusivo interés del pueblo. En ningún caso será pueblo alguno privado de él.
2. En caso de expropiación, el pueblo desposeído tendrá derecho a la recuperación legal de su propiedad, así como a una compensación adecuada.



3. El derecho a disponer libremente de las riquezas y recursos naturales será ejercido sin perjuicio de la obligación de promover la cooperación económica internacional basada en el respeto mutuo, el intercambio equitativo y los principios del derecho internacional.

4. Los Estados firmantes de la presente Carta ejercerán, individual y colectivamente, el derecho a disponer de sus riquezas y recursos naturales con vistas a reforzar la unidad y la solidaridad africanas.

6. Los Estados firmantes de la presente Carta se comprometerán a eliminar toda forma de explotación económica extranjera, especialmente la practicada por los monopolios internacionales, con el fin de posibilitar que sus pueblos se beneficien plenamente de las ventajas derivadas de sus recursos naturales.

Relacionada con la cuestión anterior, existe otra de no menos importancia ligada también a la de la propiedad de las tierras-pueblos indígenas: el derecho a disponer de las riquezas de sus tierras y sus recursos naturales. La mención de la palabra “pueblos” a que hace referencia el Artículo 21 de la Carta merece, para la Corte, antes de pronunciarse sobre la vulneración de tal precepto, detenerse para analizar el alcance de la categoría jurídica “pueblo”, respecto de la cual afirma que, deliberadamente, fue dejada sin definición por los autores de la Carta en aras a permitir una mayor flexibilidad.

He aquí un problema relacionado con el principio de la libre determinación de los pueblos. La Corte resuelve que los diferentes grupos étnicos o comunidades forman parte del elemento del Estado “población” sin poner en “riesgo” la soberanía y la integridad territorial del Estado:

De hecho, sería difícil entender que los Estados que son los autores de la Carta tengan la intención, por ejemplo, de reconocer automáticamente para los grupos étnicos y las comunidades que constituyen su población, el derecho a la libre determinación y la independencia garantizados en virtud del Artículo 20 (1) de la Carta, que en este caso equivaldría a un verdadero derecho a la secesión (CAfDHP, 2017, p. 28)²⁴.

La integridad territorial del Estado es un importante principio superior del derecho que actúa como límite derivado no solo de la Declaración de 2007, sino de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales. Además, cuando estudia la violación del Artículo 22, reitera que los pueblos que constituyen la población (elemento del estado) son entidades con derecho al desarrollo social económico y cultural,

24 Traducción propia.

artículo que interpreta a la luz de Artículo 23 de la Carta africana (y al 24 que proclama el derecho al medio ambiente saludable) (CAFDHP, 2017, pp. 60-61).

Los artículos 8 y 17 de la Carta Africana: La Libertad de Creencias y la Cultura

El Artículo 8 de la Carta Africana dice:

La libertad de conciencia y profesión, y la libre práctica de la religión estarán garantizadas. Nadie que respete la ley y el orden puede ser sometido a medidas que restrinjan el ejercicio de esas libertades.

La sentencia dedica trece párrafos a la cuestión de la libertad religiosa del Artículo 8 de la Carta, que, como antes dijimos, tanta fuerza tuvo en el caso Endorois, para los que la tierra es sagrada, porque en ella tienen lugar ritos y ceremonias y en la que no podemos dejar de reiterar que la forma de alegarlo es muy profunda y contundente. El Lago Bogoria de donde habían sido expulsados es considerado sagrado, es la casa espiritual de los Endorois, vivos o muertos, es esencial para sus prácticas religiosas y alrededor de este se hallan enterrados sus antepasados (CADH, 2009, p. 89). Al respecto reproducimos parte de los párrafos 77 y 78:

“Según su creencia, el gran antepasado Dorios, vino de los Cielos y se asentó en el Bosque Mochongoi. Debido a un exceso de lujuria, Dios se enfadó y como castigo inundó el lugar una noche formando el Lago Bogoria. Ellos son descendientes de los supervivientes. (CADHP, 2009, p. 88)²⁵.

“Cada estación, el lago se torna de color rojo y emite un fuerte olor, entonces, la comunidad ensaya sus ceremonias tradicionales para calmar a los antepasados que se ahogaron cuando el lago se formó”. (CADHP, 2009, p. 88)²⁶.

La necesidad de la tierra para la práctica de sus creencias llevará a la Corte a concluir la vulneración de la libertad religiosa. Se comprueba el mismo razonamiento en la Corte Interamericana. Resaltemos en este sentido, de nuevo (Iglesias, 2017, pp. 461-494) el voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli (CIDH, 2001, p. 90 y pág. 1 del voto razonado) que en general abrazan la sentencia, ponen especial énfasis en que las tierras de las comunidades indígenas son a la vez “espacio geográfico y social, simbólico y religioso, de crucial importancia para su autoidentificación cultural, su salud mental, su autopercepción social.”

25 Traducción propia.

26 Traducción propia.



En el asunto Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, la Corte en su sentencia de 17 de junio de 2005 (Serie C 125), reafirma aquella relación tierra-hecho religioso, al advertir, que sus recursos sirven para su alimento corporal, es decir, constituye su medio principal de subsistencia, a la vez que es “elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” (CIDH, 2005, p. 79).

Tan solo en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) hemos encontramos ausencia de invocación del elemento religioso y de referencia en los casos presentados en reclamación de sus tierras, por parte de los samis principalmente y con los que los Ogiek comparten la similitud de que un sector de ambos abandonó sus propias creencias en favor del cristianismo: en el caso de Suecia, forzosamente. Esta referencia a la adopción del cristianismo es irrelevante para la Corte. La testigo y experta Dra. Liz Alden Wily recuerda que para los Ogiek cultura y religión no pueden entenderse separadamente (CAfDHP, 2017, p. 47); la Comisión alega que no todos los Ogiek son cristianos y, aun así, tanto los que lo profesan como los que no, necesitan igualmente de la tierra donde reposan sus muertos. Es igualmente notable, el hecho de que esta comunidad se veía obligada al pago de cierta cantidad para acceder a los sitios religiosos situados en sus tierras ancestrales.

El reconocimiento de la necesidad de la tierra y del elemento espiritual que esta representa al ser algo más que un lugar donde pueden hallar el sustento económico viene recogido en varios textos internacionales y regionales. Así, ya mencionado en el Convenio OIT núm. 169 de 1989 en su Artículo 13²⁷, o en la Primera Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas de septiembre de 2014, que proclama en su documento final que “Afirmamos y reconocemos la importancia de los lugares religiosos y culturales de los pueblos indígenas y de hacer posible el acceso y la repatriación de sus objetos de culto y de restos humanos de conformidad con los fines de la Declaración.”

Como no podía ser de otra forma, igualmente ha sido objeto de numerosos estudios: la doctrina es amplia al respecto²⁸. Curtis (2000, p. 257) señala: "Parece haber una idea ampliamente difundida de que los indios carecían de una religión... pero más que estar sin una religión, es que cada acto de su vida se realizaba de acuerdo con la voluntad divina".

27 “Los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos.”

28 Vid también Wright (2013), Camarero citado en pie de pág. 74. Anaya, Stavenhagen, Daes Crawford, Gómez Isa, Felipe, Griffiths, Grote, o Rainer, o el trabajo que también al respecto ha sido desarrollado en el seno de la de la International Law Association y, en fin, un largo etcétera.

Después de haber examinado la cuestión religiosa, pasa a una materia conexas como es la relativa a la vulneración del Artículo 17 (2) y (3) de la Carta.

La Comisión, entonces, retoma su propia doctrina vertida en el caso Endorois en favor de la comunidad que representa como demandante ahora en este caso de los Ogiek y, en consecuencia, aplica aquella.

El concepto de cultura es tan amplio que nos atrevemos a decir que en sí mismo, ya incluiría otros derechos que individualmente analiza la Corte, como el que acabamos de comentar o el del Artículo 21. Como recuerda la Comisión:

La cultura podría entenderse como el complejo conjunto que incluye una relación espiritual y física con la tierra ancestral, el conocimiento, las creencias, el arte, el derecho, la moral, las costumbres y otras capacidades y hábitos adquiridos por la humanidad como parte de la sociedad: la suma total de las actividades y productos materiales y espirituales de un grupo social determinado dado que lo distingue de otros grupos similares y ello abarca la religión, el idioma y otras características definidas (CAfDHP, 2017, p. 51).

Barume (2010), realiza lo que nos parece un valioso aporte, en este sentido, en su obra ya citada, recordándonos que la tierra es encarnación de la cultura, porque despojarles de sus tierras es poner en peligro su cultura, su forma de vida, sus lenguas, evocando otros casos paradigmáticos como el Mabo Case de Australia (High Court of Australia, Mabo v. Queensland (N.º 2) (1992) HCA 23, 3 de junio de 1992), o citando frases tan ilustrativas como la de Barsh (1996, pág. 801) citado por Barume (2010, p. 56) cuando dice que las tierras son la *raison d'être* de la cultura de los pueblos indígenas.

La base en la que se apoya el demandado es la pérdida de la cultura propia de los Ogiek toda vez que su estilo de vida ha cambiado (“metamorphosed” en el exacto término utilizado) (CAfDHP, 2017, p. 52), lo que desde luego no estimamos convincente. Como se dice en el documento “Nunca bebas del mismo cántaro” (IWGIA, 1993, p. 281) y en igual sentido Griffiths (2005, p. 5) “es ahora evidente que las políticas coloniales basadas en la ‘protección y civilización’, son responsables de las mayorías de las miserias que afligen hoy a los pueblos indígenas”.

La Corte recuerda las obligaciones contenidas en la Carta Cultural Africana del 5 de julio de 1976 y de la que Kenia es parte desde 1990 y de las obligaciones derivadas de la Declaración de 2007, entre otras, la de abstenerse de toda conducta tendente a forzar asimilación o destrucción de las culturas propias de estas comunidades. Invoca además la Observación General núm. 21 del Comité de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas del 17 de mayo de 2010, sobre el derecho de toda persona a participar en la vida cultural (Artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se pone énfasis en la “fuerte dimensión colectiva de la vida cultural de los pueblos indígenas, indispensable para su existencia, bienestar y pleno desarrollo y que incluye el derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra manera utilizado o adquirido” (CES, 2010, p. 9).

Como ya se dijo antes, los Ogiek han habitado en el Mau Forest que es su fuente de vida material y espiritual y no es achacable a ellos la metamorfosis que el bosque ha sufrido y que ha repercutido en su forma de vida. Ello ha sido por otras acciones bien distintas de las que esta comunidad hubiere podido realizar, achacables precisamente al demandado y evoca aquí el caso Sawhoyamaya contra Paraguay (CAfDH, 2017, p. 56) que constituye una de las dos únicas reseñas a la jurisprudencia de la otra Corte Regional, por lo que podría decirse que el diálogo judicial es pobre.

Para concluir, la Corte estima la violación del primero y del segundo de los artículos de la Carta: el estado keniano no ha reconocido, ni tomado las medidas legislativas o de otro tipo, para asegurar el ejercicio de los derechos a que está obligado bajo la Carta como integrante de la OUA y a los que tienen derecho todo individuo y todo pueblo.

Conclusiones

Positivamente, la sentencia Ogiek lleva de por sí un doble sello de éxito, por un lado, el de haber sido la primera sentencia que la Corte Africana y de los Pueblos pronuncia sobre los derechos de las Comunidades Indígenas en África, continente en el que la cuestión indígena es muy compleja como hemos intentado dejar patente en el comienzo de este trabajo, y de otro, porque con ella, finalmente, la Comunidad Indígena Ogiek ha ganado la batalla que desde más de un siglo atrás ya venían de alguna forma librando a fin de ver reconocidos sus derechos.

De una forma más crítica, por lo que respecta a los diversos pronunciamientos de la Corte sobre los diferentes derechos invocados como vulnerados por la Comisión Africana en nombre de la Comunidad Ogiek, realmente no representa, en general, un aporte significativo respecto de la doctrina que ya se ha habido vertido en el continente africano, en el asunto Endorois o Nubian o en el americano con la jurisprudencia emanada de la CIDH.

Como aspectos que no podemos dejar sin poner de relieve en estas líneas finales, destaquemos que la Corte ha vuelto a resaltar ese rasgo que considera único en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: el que este texto mencione la palabra “pueblos”, a diferencia del resto de textos regionales de protección de los Derechos Humanos.

Lo anterior, al haber insistido en la idea de que los pueblos indígenas constituyen parte del elemento población, necesario para la existencia del Estado y con la afirmación, que nos permitimos reiterar aquí, de que ello no confiere un derecho a la secesión.

Debe igualmente destacarse la elaborada interpretación técnico-legal del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales que ya venían ocupando las CCII y que la Carta reconoce en el Artículo 14, en tanto no se circunscribe al concepto de propiedad que en su sentido “tradicional” comprende el *usus*, el *fructus* y el *abusus*: *ius utendi* (usus), *ius fruendi* (fructus) y *ius abutendi* (abusus): uso, disfrute de sus frutos y el derecho a disponer basado en la potestad de modificar, vender o destruir el objeto o cosa determinada, de los cuales resalta los dos primeros, pues quiere llevarnos a la idea de que tal derecho no es absoluto, sino limitado, eso sí, con las garantías debidas a fin de no incurrir en abuso-arbitrariedad, por lo que en realidad nos conduce a la misma idea que ya nos había ofrecido la Corte Interamericana y que hemos señalado arriba, pero sin la precisión de esta respecto a tales límites y condiciones que debe cumplir la medida que restringe el derecho que les corresponde respecto a las tierras que vienen, digamos ahora, al ocupar desde tiempos inmemoriales: a) estar previamente establecida por ley; b) ser necesaria; c) proporcional y d) tener el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, criterios establecidos ampliamente por la jurisprudencia (CIADH, 2005, p. 81; CIADH, 2006, p. 75). y que, desde luego, implican que no cause una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

Pero advertimos, un escasísimo diálogo judicial mantenido con la Corte Interamericana que realizó en dos ocasiones (CAfDHP, 2007, p. 43 y p. 56), para referirse al asunto Yakye y al asunto Sawhoyamaya, lo que nos llama la atención aún más, dado que la CIADH hace una remarcable referencia al asunto Endorois, por ejemplo, pero sobre todo al tener en cuenta la amplia doctrina que la Corte Interamericana, ya ha dejado sentada en los asuntos que hemos ido mencionando.

En cualquier caso, como hemos dicho, la sentencia es histórica y como tal se recordará, no sólo por ser la primera recaída en cuestiones relacionadas con la protección de los derechos de las comunidades indígenas, sino porque muy particularmente representa un triunfo para una comunidad, la de los Ogiek, que ha

estado tradicionalmente marginada (incluso por otras comunidades) y que tienen ese papel fundamental de guardianes del ecosistema al conservar y al proteger la tierra y sus recursos naturales, incluyendo, su ancestral, el Mau Forest.

Referencias

- Agriculture Act, Kenya (2012). Cap. 318. Recuperado de <http://kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/AgricultureActCap318.pdf>.
- Ahren, M. (2009). The Provisions on Lands, Territories and Natural Resources in the UN Declaration of Indigenous Peoples: An Introduction, en Charters y Stavenhagen (eds) *Making the Declaration Work; the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous People*, Copenhagen.
- Ballantine, L. (2014). "Indigenous People of Arctic Russia" en *Indigenous Religious Traditions*. Recuperado de <http://sites.coloradocollege.edu/indigenoustraditions/>.
- Barume, A. K. (2005). "Indigenous Battling for the Land Rights: The case of the Ogiek in Kenya" en Castellino J. y Walsh, N. *International Law and Indigenous Peoples*. Martinus Nijhoff, The Netherlands.
- Barume, A. K. (2010). *Land Rights on Indigenous Peoples in Africa*, IWGIA, Copenhagen.
- Bowen, J. R. (2000). "Should we have a universal concept of 'indigenous peoples' rights? Ethnicity and essentialism in the twenty first century", *Anthropology Today*, Vol. 16, n.º 4, agosto.
- Bronwlie, I. (1998). The Rights of Peoples in Modern International Law', *The rights of Peoples* (ed. Crawford, J.) Oxford, Clarendon Press.
- Camarero, M. V., (2018). Acaparamientos de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV.
- Carrillo de Albornoz, O. (1999). *Derecho Privado Romano*, Promotora Cultural Malagueña, Málaga.
- CIA World Factbook (2018) (online). Disponible en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ke.html>.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2003). *Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities*, "Resolution on the Rights of Indigenous Populations/Communities in Africa". Doc/OS (XXXIV)/345.
- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2009). *Asunto 276/03, Centre for Minority Rights Development (Kenya) (on behalf of Endorois Welfare Council)/Kenya*. Recomendación de 25 de noviembre de 2009.

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos e International Work Group For Indigenous Affairs (IWGIA) (2012). *Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities. Research and Information. Visit to Kenya.*
- Community Land Act, Kenya (2016). Kenya Gazette Supplement N° 148 (Acts No 27). Acts, 2016. Nairobi 7th September 2016. Recuperado de http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/CommunityLandAct_27of2016.pdf. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1994), Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994. Constitución de Kenia (2010). Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=8559>.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Resolución 260 A (IIQ, de 9 de diciembre de 1948 de la AGNU. Entrada en vigor el 12 de enero de 1951. *United Nations, Treaty Series*, vol. 78, pág. 277.
- Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2017). *Asunto 006/2012, Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos contra la República de Kenia*. Sentencia de 26 de mayo de 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N.º. 74.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001). *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N.º. 79.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N.º. 107.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C N.º. 111.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. La Corte en su sentencia de 17 de junio de 2005 (Serie C 125).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Cotas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C N.º. 146.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C 172.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). *Caso de los Pueblos Kuna de Mandungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Serie C 284).

- Falk, R. (1998). 'The Rights of Peoples (in particular Indigenous Peoples)', en Crawford, James, *The rights of Peoples*. Clarendon Press, Oxford.
- Gómez, I., F. y Berraondo M. (eds) (2013). *Los derechos indígenas tras la Declaración: El desafío de la implementación*. Recuperado de <http://odhpi.org/wp-content/uploads/2014/05/LIBRO-BERRAONDO-GOMEZ-ISA-EDS.-LOS-DERECHOS-INDIGENAS-TRAS-LA-DECLARACION.pdf>. Último acceso 4 de abril de 2017.
- Griffiths, T. (2005). *Los pueblos indígenas y el Banco Mundial: experiencias de participación*. Forest Peoples Programme.
- Grupo de Trabajo Internacional para Asuntos Indígenas (2017). *El Mundo Indígena 2017*. Copenhagen.
- High Court of Australia, *Mabo v. Queensland* (N.º 2) (1992). HCA 23 (1992) 175 CLR 1 FC. 92/014 (3 de junio de 1992).
- High Court of Kenya, *Joseph Letuya and 21 others Vs. Attorney General and 5 others*. HCCA, n.º 635/97. Resolución de fecha 15 de octubre de 1997.
- High Court of Kenya, *Francis Kemei, David Sitienei and Others v. The Attorney General, the PC Rift Valley Province, Rift Valley Provincial Forest Offocer, District Commissioner Nakuru*, HCCA n.º 238 de 1999, Sentencia de 23 de marzo de 2000 (KeHC 2000).
- Iglesias, M. A. (2016). “La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Principia Iuris*, Vol. 13, N.º 26, pp. 261-298.
- Iglesias, M. A. (2017). “El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los Derechos Humanos. Especial referencia a Europa”, *Anuario Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII.
- Iglesias, M. A. (2018). “La destrucción de los edificios religiosos en conflictos bélicos: ¿crimen de guerra?: A propósito de la sentencia *Al Mahdi* del Tribunal Penal Internacional”, *Anuario de Derecho Eclesiástico y del Estado*, Volumen XXXIV.
- International Work Group For Indigenous Affairs (IWGIA) (1993). *Nunca bebas del mismo cántaro*. Documento n.º 15, Copenhagen, Actas de la Conferencia sobre Pueblos Indígenas en África. Tune Dinamarca.
- International Work Group For Indigenous Affairs (IWGIA) (2012). *Report of the African Commission's Working Group on Indigenous Populations/Communities*. Research and Information. Visit to Kenya. Recuperado de https://www.iwgia.org/images/publications//0569_ACHPR_kenya_ENG.pdf.

- International Work Group For Indigenous Affairs (IWGIA) (2017). *The Indigenous World 2017*. Copenhagen.
- Kenya Land Commission (1933). *Report*. September 1933. His Majesty's Stationery Office, London 1934.
- Kimaiyo, T. (2014), *Ogiek Land Cases and Historical Injustices-1902-2004*. Ogiek Welfare Council. Recuperado de <http://freeafrica.tripod.com/ogiekland/book.htm#HistInjust>.
- Kingsbury, B. Indigenous Peoples (2012). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law 116*, Rüdiger Wolfrum, ed., Oxford University Press.
- Koivurova, T. M. (2011). "Jurisprudence of The European Court of Human Rights Regarding Indigenous Peoples: retrospect and prospects". *International Journal on Minority and Groups Rights* 18, pp. 1-37. Martius Nijhoff Publishers, The Netherlands. <https://doi.org/10.1163/157181111X550969>
- Kratz Corinne A. (1980). "Are the Okiek really Masai ? or Kipsigis ? Or Kikuyu ?", en *Cahiers d'études africaines*, vol. 20, n.º79.
- Lyman, A, y Darren K. "An African dilemma: resolving indigenous conflicts in Kenya", *Georgetown Journal of International Affairs*, vol. 11, núm. 1, 2010.
- Makoloo, M. O. (2005). "Kenya: Minorities, Indigenous Peoples and Ethnic Diversity", *Minority Rights Group International*, London.
- Minority Rights Group International (2017). "Huge victory for Kenya's Ogiek as African Court sets major precedent for indigenous peoples' land rights", *Nota de Prensa*.
- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. "Estudio del problema de la discriminación contra los pueblos indígenas. Informe del Relator Especial de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías". Doc. E/CNA/Sub.2/1986/7/ y Add. 1 a 4. Citado como Martínez Cobo, J. (1986).
- Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Länsmän et al. v. Finland, Communication No. 511/1992* (8 de noviembre de 1994).
- Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. "Documento de Trabajo de la Presidenta-Relatora Sra. Erica-Irena A. Daes, sobre el concepto de "pueblos indígenas". Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2 (10 de junio de 1996). Citado como: Daes (1996).
- Naciones Unidas. *Seminario sobre recopilación y desglose de datos relativos a los pueblos indígenas* (Nueva York, 19 a 21 de enero de 2004) "El Concepto de Pueblos Indígenas". Documento

de antecedentes preparado por la Secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Doc.: PFII/2004/WS.1/3.

Naciones Unidas. Asamblea General. “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Adición: Misión a Kenia”. A/HRC/4/32/Add.3. (26 de febrero de 2007). Citado como Stavenhagen (2007).

Naciones Unidas. Asamblea General “Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” A/RES/61/295, (13 de septiembre de 2007).

Naciones Unidas. Consejo Económico y Social “Observación General núm. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (Artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. E/C.12/GC/21/Rev.1. (17 de mayo de 2010).

Naciones Unidas (2013). *Los Pueblos Indígenas y el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Folleto Informativo n.º 9/2.

Naciones Unidas. Asamblea General. “Documento final de la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General conocida como Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas”. A/RES/69/2. (25 septiembre de 2014).

Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de septiembre de 2014. Naciones Unidas. Asamblea General. “Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas” para los Derechos de los Pueblos Indígenas, Victoria Tauli-Corpus”. A/HRC/33/42. (11 de agosto de 2016).

Ohenjo, N, Kenya’s Castaways. *The Ogiek and National Development Processes*. Recuperado de <http://minorityrights.org/wp-content/uploads/old-site-downloads/download-91-Kenya-Castaways-The-Ogiek-and-National-Development-Processes.pdf>.

Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, en países independientes (Convenio 169), 27 junio 1989. Entrada en vigor el 5 de septiembre de 1991.

Organización para la Unidad Africana. *African Charter on Human and Peoples’ Rights (“Banjul Charter”)*. 1520 United Nations Treaty Series 217, 27 June 1981.

Onyango O.P. (2014). “Balancing of Rights in Land Law: A Key Challenge in Kenya”, en *Sociology and Anthropology* 2 (7), Nairobi.

Stavenhagen, R. (1990). *The Ethnic Question*, Tokyo, United Nations University Press.

Stavenhagen, R. (1998). *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*. Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos. El Colegio de México, México.

Sullivan Lawrence E. (2013) Ed. *Religions of the World: A Cultural Introduction to the Making of Meaning*, Fortress Press, Minneapolis, 2013.

Tiampati, M. (2017). *Kenya*. Disponible en <http://www.gitpa.org/web/KENYA%20FINAL%20%20.pdf>

The Forest Act, 2005 . Recuperado de <http://www.fankenya.org/downloads/ForestsAct2005.pdf>

The Wildlife (Conservation and Management) Act. Chapter 376. (Rev. 2009). Recuperado de: http://www.kenyalaw.org/kl/fileadmin/pdfdownloads/Acts/Wildlife__Conservation_and_Management_Act__Cap_376_.pdf

Thornberry, P. (1987) *Indigenous peoples and Human rights*. Manchester University Press. 2002, Pentikäinen, Juha: "The Saami shamanic drum in Rome". *Scripta Instituti Donneriani Aboensis*. Vol 12. Recuperado de: <https://ojs.abo.fi/index.php/scripta/article/view/570>.

Unión Africana (1976). *Carta Cultural Africana de 5 de julio de 1976*. Recuperado de <https://au.int/en/treaties/cultural-charter-africa>.

Unión Africana (UA, 2006). Decisión de Naciones Unidas. *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Doc. Assembly/AU/9 (VIII) Add.6 2.

Wiessner S. (2011) The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges. *The European Journal of International Law, (EJI)*, Vol. 22 N.º 1.

Wright R. M. (2013). "Indigenous Religious Traditions of the World", Chapter 1 en: Lawrence E. Sullivan (ed), *Religions of the World: A Cultural Introduction to the Making of Meaning*, Fortress Press.

Zamora, C. F. J. (2015) "Desarrollo sostenible y empresas multinacionales: un estudio sobre los acaparamientos de tierra (*land grabbings*) en clave de responsabilidad", en *Huri-Age* n.º 4.

Recibido: 23/12/2017

Aceptado: 20/7/2018



