

## II. SISTEMA AFRICANO DE DERECHOS HUMANOS

**E**l Sistema Africano de Derechos Humanos, el más joven de los sistemas regionales de derechos humanos (1981), reconoce la naturaleza individual y colectiva de protección, es decir, de las personas y de los pueblos. Su marco jurídico principal es la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, o Carta de Banjul.

Es importante destacar tres casos en el Sistema Africano: el *Caso Endorois vs. Kenia* y el *Caso Ogoni vs. Nigeria*, resueltos por la Comisión Africana de Derechos Humanos, y el *Caso Ogiek vs. Kenia*, resuelto por la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

### 1. CASO ENDOROIS VS. KENIA

En este caso, la Comisión Africana de Derechos Humanos determinó que la falta de acceso al lago Bogoria —que el pueblo *Endorois* siempre había utilizado como sitio sagrado para ceremonias religiosas y culturales, como bodas, funerales e iniciaciones tradicionales— no permitía al pueblo ejercer su derecho a la vida cultural, pues se sentían desconectados de sus tierras y de sus ancestros.<sup>160</sup> En el caso se alegó la violación de los derechos de

---

<sup>160</sup> ACHPR, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276/2003, párr. 108.

libertad de conciencia y religión (artículo 8o.), de propiedad (artículo 14), a participar en la vida cultural (artículo 17), de disposición libre de los recursos naturales (artículo 21) y al desarrollo (artículo 22).

Una cuestión controvertida era si la parte involucrada era una comunidad indígena.<sup>161</sup> La Comisión africana aclaró los conceptos de *pueblos*, *pueblos indígenas* y *comunidades*, y explicó que no existe una definición universal sobre pueblos indígenas, dada la diversidad de culturas, historia o circunstancias actuales, pues las relaciones entre los pueblos indígenas y los grupos dominantes o la corriente principal de la sociedad, varía de país en país. Añadió que lo mismo puede decirse del término *pueblos*.<sup>162</sup>

En el caso, la Comisión africana consideró que los *Endorois* eran un pueblo indígena y expresó que algunos grupos marginados de África eran excluidos de los paradigmas de desarrollo y, en muchos casos, eran víctimas de políticas públicas generales de desarrollo.<sup>163</sup> Así, enfatizó que los pueblos indígenas se convierten en grupos marginados en su propio país y que necesitan del reconocimiento y la protección de sus derechos humanos básicos y de sus libertades fundamentales.<sup>164</sup>

En segundo lugar, la Comisión estimó que la Carta Africana es un documento innovador, pues enfatiza los derechos humanos de los *pueblos*” y se aparta sustancialmente de las formulaciones cerradas de otros instrumentos internacionales regionales y universales de protección de derechos humanos. Asimismo, consideró que el término *indígena* no crea un grupo especial de personas titulares de derechos, sino que se acuña como un concepto para enfrentar las injusticias históricas y actuales, así

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, párrs. 144 y 145.

<sup>162</sup> *Ibidem*, párr. 147.

<sup>163</sup> *Ibidem*, párr. 148.

<sup>164</sup> *Idem*.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

como a las desigualdades. Finalmente, el concepto *indígena*, según la Comisión africana, se encuentra estrechamente vinculado con los derechos colectivos o de grupos.<sup>165</sup>

En relación con lo anterior, y en tercer lugar, la Comisión africana externó que los artículos 20 a 24 (derecho de autodeterminación, disposición de recursos naturales, derecho al desarrollo y derecho a un entorno favorable) de la Carta de Banjul, reconocen una serie de derechos para los *pueblos*, como entes colectivos.

En este sentido, la Comisión refirió, a través de su Grupo de Trabajo de Expertos sobre Poblaciones/Comunidades Indígenas, que existen cinco criterios para identificar a los pueblos indígenas: a) la ocupación y uso de un determinado territorio; b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural; c) la autoidentificación como una colectividad distinta, así como el reconocimiento por otros grupos; d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposesión, exclusión o discriminación, y e) una característica clave de la mayoría de los diferentes grupos de antiguos cazadores/recolectores es que la supervivencia de su modo de vida particular depende del acceso y los derechos a sus tierras tradicionales y los recursos naturales.<sup>166</sup>

De este modo, concluyó que, si bien existen diferentes tendencias emergentes que intentan definir “a los pueblos indígenas”, todas ellas tienen en común que consideran los vínculos entre los pueblos, la tierra, la cultura y que ese grupo expresa su deseo por ser identificado como un pueblo, o tener la conciencia de ser un pueblo diferente a los demás.<sup>167</sup>

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, párr. 149.

<sup>166</sup> *Ibidem*, párr. 150.

<sup>167</sup> ACHPR, *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276/2003, párr. 151.

Adicionalmente, la Comisión se valió de otras fuentes auxiliares de derecho internacional para establecer la relación de los pueblos con las tierras.<sup>168</sup> Llama particularmente la atención el diálogo de la Comisión africana con la jurisprudencia interamericana, cuando, además de la relación sagrada con la tierra, destacó la autoidentificación como otro criterio importante para la determinación de los pueblos indígenas. En ese sentido, puntualizó que:

...la Corte IDH se ha ocupado de casos de auto identificación donde las comunidades afro descendientes estaban viviendo de manera colectiva y tenían dos o tres siglos desarrollando un vínculo ancestral con sus tierras... dependiendo su modo de vida en gran medida del uso tradicional de las tierras, al igual que su supervivencia cultural y espiritual debido a la existencia de tumbas ancestrales en estas tierras...<sup>169</sup> destacando dos decisiones pertinentes [:] *Moiwana y Saramaka [ambas contra Suriname]*.<sup>170</sup>

---

<sup>168</sup> Artículo 61. La Comisión también tomará en consideración, como medidas subsidiarias para determinar los principios del derecho aplicables, otros convenios generales o especiales que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, prácticas africanas que concuerdan con las normas internacionales relativas a los derechos humanos y de los pueblos, costumbres generalmente aceptadas como normas, principios generales del derecho reconocidos por los Estados africanos, así como precedentes legales y creencias. Particularmente refirió a: Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, la Organización Internacional del Trabajo y la Relator Especial de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. *ACHPR, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276/2003, párrs. 152- 156.

<sup>169</sup> *ACHPR, Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on Behalf of Endorois Welfare Council vs. Kenya*, 276/2003, párr. 158.

<sup>170</sup> *Ibidem*, párrs. 159-162.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

Como apuntamos, las violaciones alegadas en el caso se relacionaban con los derechos indígenas de preservación de su identidad a través de la identificación con sus tierras ancestrales.<sup>171</sup> Con base en la argumentación referida, la Comisión africana concluyó que los *Endorois* son una comunidad indígena que comparte una historia común, una cultura y religión, por lo que podrían beneficiarse de los derechos colectivos como pueblo.

Además, en relación con el derecho a la libertad religiosa (artículo 8o.), la Comisión africana estableció que la religión se encuentra, a menudo, vinculada con la tierra, las creencias y las prácticas culturales, y que la libertad de culto y de llevar a cabo actos ceremoniales están en el centro de la libertad de religión. Destacó que las prácticas culturales y religiosas de los *Endorois* son de vital importancia, y que el lago Bogoria es el hogar espiritual de todos los vivos y muertos del pueblo.<sup>172</sup> Por tanto, la Comisión africana concluyó que las prácticas ceremoniales y creencias espirituales de los *Endorois* constituyen una religión, y limitar el acceso al lago —argumentando interés económico— fue una violación a este derecho.<sup>173</sup>

Con lo referente al derecho a la propiedad —tras analizar diversos instrumentos regionales de derechos humanos y jurisprudencia (europea, universal e interamericana)— la Comisión concluyó lo siguiente:

- (1) la posesión tradicional de la tierra por los indígenas tiene efecto equivalente a la de título de pleno dominio que otorga el Estado;
- (2) la posesión tradicional otorga a los indígenas para eximir el reconocimiento oficial y el registro de títulos de propiedad;
- (3) los miembros de los pueblos indígenas que han abandonado sus tierras tradicionales por la fuerza o

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, párr. 162.

<sup>172</sup> *Ibidem*, párr. 166.

<sup>173</sup> *Ibidem*, párrs. 168 y ss.

perdido la posesión del mismo, mantienen los derechos de propiedad de los mismos, a pesar de carecer de título legal, a unos que las tierras hayan sido transferida legalmente a terceros de buena fe; y (4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras y éstas han sido transferidas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. En consecuencia, la posesión no es una condición necesaria para la existencia de los derechos de restitución de tierras indígenas.<sup>174</sup>

En cuanto a los procedimientos de consulta, destacó que existen dos elementos adicionales que se desprenden de la expresión “de acuerdo con la ley”, y se refieren a los requisitos de la consulta y la compensación. En cuanto a la primera, estableció que “el umbral es especialmente estricto en favor de los pueblos indígenas, ya que también requiere que se conceda el consentimiento. El incumplimiento de las obligaciones de consulta y la solicitud del consentimiento —o de indemnización— en última instancia, resulta en una violación del derecho de propiedad”.<sup>175</sup>

La Comisión consideró que el territorio *Endorois* había sido invadido de manera desproporcionada sin justificación de necesidad pública y que se contraponía a los estándares nacionales e internacionales. En consecuencia, estimó violados los derechos de religión y propiedad, reconocidos en los artículos 8o. y 14 de la Carta Banjul,<sup>176</sup> así como al derecho a ejercer las prácticas culturales dentro del territorio (artículos 17.2 y 17.3), y el derecho a disponer de los recursos dentro de dicho territorio y que afectaban su supervivencia como pueblo (artículo 21). Finalmente,

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, párr. 209.

<sup>175</sup> *Ibidem*, párrs. 225 y 226.

<sup>176</sup> *Ibidem*, párr. 238.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

la Comisión estimó que el Estado no había propiciado condiciones necesarias para el desarrollo del pueblo *Endorois*.

### 2. CASO Ogoni vs. NIGERIA

En el caso, los demandantes alegaban que el gobierno militar de Nigeria había participado directamente en la producción de petróleo a través de la empresa petrolera estatal, la Compañía Nacional de Petróleo de Nigeria, como el accionista mayoritario de una asociación con la *Shell Petroleum Development Corporation*, y que estas operaciones habían causado degradación ambiental y problemas de salud derivados de la contaminación en el pueblo *Ogoni*.<sup>177</sup> Por ello, los demandantes alegaron la violación al derecho a la salud y al derecho al medio ambiente sano (artículos 16 y 24).<sup>178</sup>

La Comisión africana consideró que tales derechos reconocen la importancia de un entorno limpio y seguro, estrechamente ligado a los derechos económicos y sociales en la medida en que el entorno afecta la calidad de vida y la seguridad de una persona.<sup>179</sup> Por tanto, para cumplir con esas obligaciones, el Estado debe incluir una orden, o por lo menos un seguimiento científico independiente de los entornos amenazados, lo que requiere dar a conocer los estudios de impacto ambiental y social antes de cualquier desarrollo industrial importante, y debe, asimismo, darles un seguimiento adecuado e informar a las comunidades expuestas a materiales y actividades peligrosas. Además, debe propiciar oportunidades significativas a las

---

<sup>177</sup> ACHPR, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights vs. Nigeria*, Communications No. 155/96, párr. 1.

<sup>178</sup> *Ibidem*, párr. 50.

<sup>179</sup> *Ibidem*, párr. 51.

personas, para que sean escuchadas y puedan participar en las decisiones de desarrollo que afecten a sus comunidades.<sup>180</sup>

Adicionalmente, se alegó la violación del derecho a la libre disposición de sus riquezas y recursos naturales (artículo 21), pues al estar involucrado en la producción de petróleo, el Estado debió supervisar y regular las operaciones de las compañías petroleras. Además, no se incluyó a las comunidades *Ogoni* en las decisiones que afectaron el desarrollo de la región.<sup>181</sup> Por otro lado, se alegó la violación del derecho a la vivienda —no reconocido en la Carta Africana, pero que, según los demandantes, estaba implícito en los artículos 14, 16 y 18 de la Carta de Banjul—<sup>182</sup> y el derecho a la alimentación, tampoco reconocido en la Carta Africana, pero que consideraban implícito en los artículos 4o., 16 y 22 de la de Banjul.<sup>183</sup> La Comisión africana compartió esa interpretación.

### 3. CASO OGIEK VS. KENIA

La Corte Africana de Derechos Humanos se pronunció en el *Caso Ogiek vs. Kenia*, sobre las violaciones a los derechos relacionadas con la comunidad indígena *Ogiek* del Bosque Mau, la cual, por un decreto del gobierno (a través del Servicio Forestal de Kenia), debía desalojar dicho bosque en treinta días. Según los peticionarios, el aviso de desalojo fue emitido porque se trataba de una zona reservada para la captación de agua.

En lo concerniente a si los *Ogiek* constituían un pueblo indígena, la Corte africana expresó que el concepto de *población*

---

<sup>180</sup> *Ibidem*, párr. 53.

<sup>181</sup> *Ibidem*, párr. 55.

<sup>182</sup> *Ibidem*, párrs. 59-63.

<sup>183</sup> *Ibidem*, párrs. 64-67.

---

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

*indígena* no se encuentra definido en la Carta Africana, y, además, no existe una definición universalmente aceptada en otros instrumentos internacionales de derechos humanos.<sup>184</sup> Así, la Corte destacó que algunos de los factores relevantes a considerar eran la presencia en el tiempo sobre la ocupación y uso de un territorio específico; una perpetuación voluntaria del carácter distintivo de la cultura (como la lengua, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes y las instituciones); la autoidentificación, así como el reconocimiento por parte de otros grupos, o por las autoridades del Estado, de que son una colectividad distinta; y una experiencia de sometimiento, marginación, desposesión, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan.<sup>185</sup> La Corte constató que los *Ogiek* cumplían con todos los requisitos señalados,<sup>186</sup> por lo que se les reconoció como un pueblo indígena que forma parte del pueblo keniano, con un estatus particular, merecedores de una protección especial derivada de su particular situación de vulnerabilidad.<sup>187</sup>

En relación con el derecho de propiedad (artículo 14 de la Carta de Banjul), el tribunal africano expresó que la disposición puede ser aplicada tanto de manera individual como colectiva,<sup>188</sup> y consideró que, en su concepción clásica, el derecho de propiedad suele referirse a tres elementos: el derecho a usar lo que es objeto del derecho, el derecho a disfrutar el fruto y el derecho de disponer de la cosa, es decir, el derecho de transferir.<sup>189</sup> Con

---

<sup>184</sup> ACoHPR, African Commission on Human and People's Rights (*Ogiek*) vs. Kenya, Application No. 006/2012. Sentencia del 26 de mayo de 2017, párr. 105.

<sup>185</sup> *Ibidem*, párr. 107.

<sup>186</sup> *Ibidem*, párrs. 109-111.

<sup>187</sup> *Ibidem*, párr. 112.

<sup>188</sup> *Ibidem*, párr. 123.

<sup>189</sup> *Ibidem*, párr. 124.

independencia de lo anterior, la Corte estimó que, en el caso de comunidades indígenas, la lectura debería hacerse de acuerdo con las disposiciones de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en especial del artículo 26.<sup>190</sup>

En ese sentido, la Corte africana consideró que, en el caso, la parte demandada no discutía que la comunidad *Ogiek* había ocupado las tierras desde tiempos inmemorables, por lo que sus miembros tenían derecho a ocupar sus tierras ancestrales, así como al uso y disfrute de dichas tierras;<sup>191</sup> sin embargo, también señaló que el artículo 14 prevé la posibilidad de restringir el derecho de propiedad, incluida la tierra, siempre que tal restricción sea de interés público, y que también sea necesaria y proporcional.<sup>192</sup>

En ese caso en concreto, la Corte constató que la justificación para el desalojo de los miembros de la comunidad había sido la preservación del ecosistema natural. No obstante, el Estado no aportó ninguna prueba de que la presencia continua de los *Ogiek* en la zona fuera la causa principal del agotamiento del medio natural. Por el contrario, la Corte africana demostró que la degradación ambiental se debía a las invasiones por parte de otros grupos y a las concesiones de tala de madera. Así, el

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, párr. 125. El artículo 26 de la Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece: 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido. 2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. 3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

<sup>191</sup> *Ibidem*, párr. 128.

<sup>192</sup> *Ibidem*, párr. 129.

## LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

---

desalojo de la población *Ogiek* del bosque Mau —y la continua negación a que accedieran de nuevo— no podía ser necesaria ni proporcional para lograr la pretendida justificación de la preservación del ecosistema natural.<sup>193</sup>

Derivado de la negación del uso y disfrute de la propiedad colectiva indígena, la Corte determinó que se habían violado el derecho a la religión (artículo 8o.),<sup>194</sup> el derecho a la vida cultural (artículos 17.2 y 17.3),<sup>195</sup> el derecho a disfrutar de las riquezas (artículo 21)<sup>196</sup> y el derecho al desarrollo (artículo 22).<sup>197</sup>

Para concluir, es importante estar atentos a la sentencia de reparaciones del caso que emitirá el tribunal africano, pues tal como lo destaca la decisión analizada, la Corte decidió que se pronunciaría “sobre cualquier otra forma de reparación en una decisión separada, teniendo en cuenta las comunicaciones adicionales de las Partes”.<sup>198</sup>

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, párr. 130.

<sup>194</sup> *Ibidem*, párr. 169.

<sup>195</sup> *Ibidem*, párr. 190.

<sup>196</sup> *Ibidem*, párr. 201.

<sup>197</sup> *Ibidem*, párr. 211.

<sup>198</sup> *Ibidem*, párr. 223.